

Tilburg University

Rechterlijke argumentatie en transparantie

Adams, M.; Broeren, D.C.

Published in:
Speelruimte voor transparantere rechtspraak

Publication date:
2013

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Adams, M., & Broeren, D. C. (2013). Rechterlijke argumentatie en transparantie: Een rechtsvergelijkende exercitie. In D. Broeders, C. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst, & M. Sax (Eds.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (pp. 166-206). (WRR Verkenningen; No. 26). Amsterdam University Press.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



3 RECHTERLIJKE ARGUMENTATIE EN TRANSPARANTIE: EEN RECHTSVERGELIJKENDE EXERCITIE

*Maurice Adams en Dick Broeren*¹

3.1 TWEE CASUSSEN

Op 26 juni 2008 wees het US *Supreme Court* arrest in de zaak *District of Columbia versus Heller*.² De zaak, een van de 80 tot 90 geschreven arresten die het *Court* per jaar wijst,³ betrof de vraag of het in het *Second Amendment* van de US *Constitution* neergelegde recht op wapenbezit ook moet worden begrepen als een individueel recht. Dat *Second Amendment* luidt als volgt: “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.”⁴ Het arrest omvat 154 pagina’s, waarvan 64 voor de meerderheidsopinie van rechter Scalia, en 46 en 44 pagina’s voor de twee *dissenting opinions* van respectievelijk de rechters Stevens en Breyer.⁵ De meerderheidsopinie werd onderschreven door vijf van de negen leden van het *Court*; de overige leden onderschreven beide *dissents*.

Wat onder meer opvalt aan het arrest is dat zowel de meerderheid als de minderheid vooral historische argumenten hanteert om de hedendaagse juridische betekenis van het *Second Amendment* te achterhalen. Zo stelt Scalia uitdrukkelijk dat “(i)n interpreting (the text of the Second Amendment), we are guided by the principle that ‘(t)he Constitution was written to be understood by the voters; its words and phrases were used in their normal and ordinary as distinguished from technical meaning.’ (...) Normal meaning may of course include an idiomatic meaning, but it excludes secret or technical meanings that would not have been known to ordinary citizens in the founding generation.”⁶

De woorden van de *Constitution*, zo blijkt, moeten worden begrepen in hun dagelijkse betekenis, zoals gangbaar ten tijde van het uitvaardigen van die *Constitution*: constitutionele betekenis en geschiedenis worden aldus sterk op elkaar betrokken.

Vanuit deze interpretatieve strategie stelt Scalia dat de zogenaamde *operative clause* van het *Second Amendment* – “the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed” – verwijst naar een *pre-existing* recht op

individueel wapenbezit en -dracht ten behoeve van zelfverdediging. “The very text of the Second Amendment implicitly recognizes the pre-existence of th(is) right and declares only that it ‘shall not be infringed.’”⁷

Bovendien, aldus Scalia, is de zogenaamde *prefatory clause* van het *Amendment* – “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State” – niet in strijd met de betekenis van de *operative clause*: het vermelden van een georganiseerde militie sluit een individueel recht op wapenbezit en -dracht geenszins uit. Deze opvatting wordt ondersteund zowel door historisch materiaal, zoals te vinden in analoge bepalingen in toenmalige “state constitutions that preceded and immediately followed adoption of the Second Amendment”,⁸ als door wetenschappers, rechters en wetgevers in de negentiende eeuw. Bovendien, en ten slotte, zijn er geen precedents die aan deze interpretatie in de weg staan.

Dit alles brengt Scalia tot de conclusie dat wetgeving uit Washington DC waardoor onder meer een algemeen verbod op handwapens voor individuele burgers werd ingesteld, te restrictief en dus ongrondwettig is; dit komt neer op het verbieden van het bezitten en voorhanden hebben van een hele groep aan wapens die dienen ter zelfverdediging van Amerikaanse burgers. Bovendien is het vereiste dat *alle* wapens in huis “unloaded and disassembled or bound by a trigger lock or similar device”⁹ moeten zijn, eveneens ongrondwettig, aangezien dit het recht op zelfverdediging in de praktijk vrijwel betekenisloos maakt.

Scalia sluit veelbetekenend af met de volgende beschouwing:

“We are aware of the problem of handgun violence in this country, and we take seriously the concerns raised by the many *amici* who believe that prohibition of handgun ownership is a solution. The Constitution leaves the District of Columbia a variety of tools for combating that problem, including some measures regulating handguns (...). But the enshrinement of constitutional rights necessarily takes certain policy choices off the table. These include the absolute prohibition of handguns held and used for self-defense in the home. Undoubtedly some think that the Second Amendment is outmoded in a society where our standing army is the pride of our Nation, where well-trained police forces provide personal security, and where gun violence is a serious problem. That is perhaps debatable, but what is not debatable is that it is not the role of this Court to pronounce the Second Amendment extinct.”¹⁰

De rechter is er voor het spreken (toepassen) van recht, aldus Scalia, en niet voor het maken van beleidskeuzes.

De minderheid laat bij monde van rechter John Paul Stevens weten dat het meerderheidsoordeel een “strained and unpersuasive reading”¹¹ van het recht ter zake is; sterker nog, het *US Supreme Court* “bestowed a dramatic upheaval in the law”:¹² het *Second Amendment* ziet toe op de bescherming van militiegerelateerde belangen, en niet op het individuele recht op *self-defence*. Om zijn conclusie te staven stelt Stevens dat met name de “omission of any statement of purpose related to the right to use firearms for hunting or personal self-defense”¹³ opvallend is in het *Second Amendment*, want dergelijke *statements* waren wel aanwezig in de toenmalige *Declarations of Rights* van de staten Pennsylvania en Vermont. Anders gezegd, waarom zouden de *Founding Fathers*, die bekend waren met de situatie in Pennsylvania en Vermont, het volgens Scalia *pre-existing* individuele recht op wapenbezit en -dracht niet uitdrukkelijk in de *US Constitution* hebben opgenomen als dat de bedoeling was? Evenals Scalia wijst Stevens verder op gevestigde precedents, maar volgens hem zijn die nu juist in strijd met de meerderheidsopvatting. Ook voert hij in zijn *dissent* gelijkaardige wetgeving op als die uit Washington DC, die eerder *niet* ongrondwettig werd bevonden. Hij komt tot de conclusie dat:

“(t)he Court properly disclaims any interest in evaluating the wisdom of the specific policy choice challenged in this case, but it fails to pay heed to a far more important policy choice – the choice made by the Framers themselves. The Court would have us believe that over 200 years ago, the Framers made a choice to limit the tools available to elected officials wishing to regulate civilian uses of weapons, and to authorize this Court to use the common-law process of case-by-case judicial lawmaking to define the contours of acceptable gun control policy. (...) I could not possibly conclude that the Framers made such a choice.”¹⁴

Kortom, in deze kwestie leert het *vigerende recht* Stevens iets heel anders dan de meerderheid hem wil doen geloven.

Rechter Breyer sluit zich in zijn *dissent* aan bij de juridische argumentatie van Stevens, maar lijkt ook beleidsoverwegingen te hanteren:

“(T)he District’s law is consistent with the Second Amendment even if that Amendment is interpreted as protecting a wholly separate interest in individual self-defense. That is so because the District’s regulation, which focuses upon the presence of handguns in high-crime urban areas, represents a permissible legislative response to a serious, indeed life-threatening, problem.”¹⁵

Zelfs als in het *second amendment* een individueel recht op wapenbezit en -dracht gelezen kan worden, is de beperking daarop door de kwestieuze wetgeving uit Washington DC legitiem. Breyer komt tot deze conclusie door een proportionaliteitstoets door te voeren, die wat hem betreft juridisch wordt ondersteund door precedenten.

Uiteindelijk worden alle posities in deze zaak over de betekenis van het *Second Amendment*, hoe diametraal verschillend ook, gepresenteerd als het juridisch onvermijdelijke resultaat van het geschil. En hoewel met name Breyer tevens een proportionaliteitstoets doorvoert, voeren historische argumenten (hoewel onderling ongelijksoortig) in alle opinies de boventoon. Opvallend is bovendien dat zeker de meerderheidsopinie erg doelgericht is; tegenargumenten voor de eigen positie worden weliswaar mondjasmaat opgevoerd maar nauwelijks bediscussieerd.

De tweede casus. De *Première chambre civile* van het Franse *Cour de cassation*, het hoogste Franse gerechtshof in burgerlijke en strafzaken, wees op 13 maart 2007 arrest in een zaak waardoor een beslissing van het *Cour d'appel* te Bordeaux, waarin het huwelijk tussen twee mannen ongeldig werd verklaard, in stand werd gehouden.¹⁶ Het *Cour de cassation* had onder meer de volgende middelen te beoordelen: het vereiste, zoals opgenomen in artikel 75 van de Franse *Code civil*, dat een huwelijk tussen man en vrouw dient plaats te vinden, constitueert: 1) een *atteinte grave* op het recht op een privéleven, zoals gewaarborgd door onder meer artikel 8 van het EVRM; 2) een discriminatie zoals verboden door artikel 14 van datzelfde EVRM (gelezen in samenhang met het al vermelde art. 8); 3) een schending van artikel 12 EVRM dat onder meer het recht om te mogen huwen garandeert (gelezen in samenhang met artikel 14 EVRM); en 4) een schending van artikel 9 van het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie, dat eveneens het recht om te huwen garandeert.¹⁷

De gehele motivering van het *Cour* gaat als volgt.

Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches; PAR CES MOTIFS: REJETTE le pourvoi.

Je zou zeggen dat hier wel wat meer over te vertellen valt dan het Franse hof doet; de motivering doet schril aan, al helemaal in vergelijking met de zojuist gepresenteerde Amerikaanse zaak. Onder meer rijzen de volgende vragen. Waarom is de zojuist vermelde bepaling van de Franse *Code civil* niet strijdig met het EVRM, dat in artikel 8 het recht op een privéleven waarborgt? Wanneer twee personen van gelijk geslacht met elkaar besluiten in het huwelijk te treden is dat toch hun zaak? Waarom laat het Franse hof het bij deze korte uitspraak, en zegt het niet meer uitdrukkelijk waarom het van mening is dat de betwiste bepaling uit het Franse burgerlijk recht niet wordt tegengesproken door onder meer het EVRM?

Het betreft hier slechts één van de bijna 30.000 arresten die het Franse hof jaarlijks wijst, met zo'n 85 rechters.¹⁸ Maar wat juist dit arrest bijzonder interessant maakt is dat het Franse hoogste hof aan het *Institut de Droit Comparé Edouard Lambert* van de *Université Jean Moulin* te Lyon had gevraagd een overzicht te maken van hoe in andere landen met deze kwestie wordt omgegaan. De reden daarvoor was onder meer gelegen in het feit dat de Franse *Code civil* ter zake nauwelijks enige indicatie gaf. Weliswaar stond *en passant* in het eerdergenoemde artikel 75 te lezen dat een huwelijk als een verbond tussen man en vrouw was gedacht, maar dat kon eigenlijk als niet meer dan indirect bewijs worden genomen voor de juridische ontoelaatbaarheid van een gelijkgeslachtelijk huwelijk. Het geslachtsvereiste is in de betreffende bepaling immers eerder bijzaak.¹⁹ “Het *Cour* voelde zich blijkbaar met onduidelijk, of misschien zelfs maatschappelijk onaangepast, recht geconfronteerd. Het vermelde onderzoeksrapport bevatte een gedetailleerd overzicht van rechtspraak en wetgeving in een aantal Amerikaanse staten, België, Denemarken, Duitsland, Engeland, Nederland, Spanje, Zuid-Afrika en Zweden. De in het geding betrokken partijen werden bovendien in de gelegenheid gesteld op het rapport te reageren, alvorens de advocaat-generaal²⁰ en het *Cour* zelf ermee aan de slag gingen.²¹ En toch is er van dit alles in de uiteindelijke uitspraak zelf niets te merken. Hoe de discussie zich in de schoot van het *Cour* in feite heeft ontplooid valt aan de hand van de uitspraak zelf dan ook niet na te gaan.”

3.2 PROBLEEMSTELLING

Over de uitkomst in de zojuist gepresenteerde zaken is het ons hier niet te doen. De arresten dienen veeleer als voorbeeld voor de manier van motiveren en argumenteren van beide hoogste gerechtshoven. En hoewel ieder van de gerechtshoven op een ander domein actief is – het *US Supreme Court* is vooral een constitutioneel gerechtshof, en het Franse *Cour de cassation* is actief in privaatrechtelijke en strafrechtelijke kwesties – gaat het hier om prototypische voorbeelden van de wijze van rechterlijk argumenteren

in respectievelijk de *civil* en *common law* (vgl. Hirschl 2005: 142–144). Het betreft arresten die vrijwel alle uiterlijke kenmerken van de lokale argumentatiestijl sterk in de verf zetten, en die de juridische en politieke (en soms ook publieke) opinie hebben beroerd.²²

De vraag die in deze bijdrage centraal staat is eerst en vooral hoe in het licht van het voorgaande de verhouding tussen rechterlijke argumentatie, transparantie en legitimiteit kan worden gedacht en begrepen. Daarbij gaan we ervan uit dat een rechterlijke uitspraak transparant kan worden genoemd wanneer die min of meer directe toegang verschaft tot de reële, dat wil zeggen inhoudelijke, argumenten en het redeneerproces die aanleiding hebben gegeven tot de uiteindelijke beslissing.²³ Wat betreft het andere begrip dat in deze bijdrage centraal staat: onder legitimiteit verstaan we hier, heel algemeen, de situatie dat de justitiabelen een algemene bereidheid vertonen om de door de rechterlijke macht uitgevaardigde beslissingen als bindende rechtsnormen te aanvaarden, ongeacht of elk van die beslissingen afzonderlijk correspondeert met eenieders individuele belang of opvatting over rechtvaardigheid.²⁴ De uitspraak moet daartoe niet alleen formeel gelden, maar ook gezag en maatschappelijk draagvlak hebben. De gangbare visie is dat rechters vandaag de dag daarvoor niet meer in hoofdorde kunnen steunen op hun legale positie,²⁵ dat wil zeggen het gezag dat hen toekomt uit hoofde van hun functie alleen (gezag dat hen door grondwet en nadere wetgeving wordt toegekend; legitimiteit door legaliteit). Blijkbaar is er meer nodig: “Pure machtsspreuken van rechters als ‘u heeft uw rechtszaak verloren, omdat ik het zeg’, zijn in de moderne samenleving onaanvaardbaar” (Huls 2008: 221).²⁶ De relatie tussen rechterlijke argumentatie, transparantie en legitimiteit wordt hier sterk gelegd: een machtswoord kan immers niet (langer) volstaan, en rechters hebben iets uit te leggen. Gezag en de daarbij horende legitimiteit in de vorm van publieke aanvaarding moeten verdiend worden. En daarvoor zijn dan minstens uitleg, kenbaarheid en toegankelijkheid – transparantie! – nodig, zo lijkt althans de gangbare opvatting.²⁷

Hoe dan ook, om de voormelde onderzoeksvraag te beantwoorden, willen we bijzondere aandacht besteden aan de eigen logica van de Franse en Amerikaanse systemen van rechterlijke argumentatie en rechtspleging, en aan hun ideologische en culturele grondslagen. Deze benadering steunt op de idee dat de hedendaagse manifestatie van een rechtsregeling of -instituut altijd mede de veruitwendiging is van een specifieke geschiedenis en een daarbij horend zelfbegrip, zoals dat tot uiting komt in het institutionele en normatieve raamwerk van het rechtssysteem waarin die regeling of dat instituut een plaats heeft.²⁸ Ook de legitimiteit van een rechtssysteem kan alleen maar begrepen worden – en begrijpelijk worden gemaakt voor anderen – vanuit het institutionele, normatieve en argumentatieve

universum dat bepalend en specifiek is voor dat rechtssysteem zelf. In lijn daarmee zullen we beide systemen in eerste instantie dus zo veel mogelijk voor zichzelf laten spreken – vanuit een respectvolle houding²⁹ – waarna die vervolgens expliciet met elkaar worden vergeleken en in elkaars licht bezien. Het uiteindelijke doel van deze exploratie is tweeledig.

Niet alleen beogen we, zoals gezegd, de verhouding tussen rechterlijke argumentatie, transparantie en legitimiteit te begrijpen in de vermelde jurisdicties, een dergelijke exercitie kan bovendien de analyse en beoordeling van het eigen rechtsbestel inspireren: rechtsvergelijking als spiegel. We ronden deze bijdrage daarom af met reflecties over de relatie tussen rechterlijke argumentatie, transparantie en legitimiteit in het Nederlandse rechtsstelsel. Gezien de opzet van onze exercitie spreekt het haast vanzelf dat wij geen oordeel vellen over, of zelfs maar een voorkeur uitspreken voor, het Franse of het Amerikaanse systeem. Onze aanpak is offensief noch defensief bedoeld. Wel hopen we dat deze exercitie enkele onverwachte inzichten oplevert en bijdraagt tot een genuanceerder beeld van de rechterlijke argumentatieve praktijk in de door ons onderzochte jurisdicties.

3.3 RECHTERLIJKE ARGUMENTATIE IN FRANKRIJK EN DE VERENIGDE STATEN

3.3.1 FRANKRIJK

In zijn studie over de transparantie en legitimiteit van het rechterlijk besluitvormingsproces en de motivering van rechterlijke uitspraken door met name hoogste gerechtshoven, formuleert Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser³⁰ onder meer scherpe kritiek op de analyse die nogal wat Amerikaanse rechtsgeleerden hebben gemaakt van de Franse praktijk (Lasser 2004: 382).³¹ Ter illustratie haalt hij onder meer de gerenommeerde rechtshistoricus en comparatist Jack Dawson aan.

The stereotyped style of modern (French judicial) opinions is a survival from a time that is now remote but has not been forgotten. I suggest that the ideas that inspired the style have also survived, that the principal function of a high court opinion is to demonstrate to the world at large that the high court in exercising its exceptional powers has arrogated nothing to itself and is merely enforcing the law (...) And so the format of the 1790's continues unchanged. The majestic parade of whereas clauses is cast as an exercise in logic, working down inevitably from some provision of Code or statute. It is the law that speaks. The judges are merely its instrument, though by now the whole process could be better described as extremely expert ventriloquism (Dawson 1968: 410–411 in Lasser 2004: 4).

Dawson stoort er zich aan dat Frankrijks hoogste rechter zich door zijn apodictische stijl niet blootgeeft, dat hij niet toegeeft dat er bij iedere rechterlijke beslissing interpretatieve kwesties moeten worden beslecht en dat daarbij onvermijdelijk beleidsoverwegingen komen kijken. De Franse hoogste rechter (b)lijkt daardoor ongevoelig voor de sociale, economische en andere gevolgen van de rechterlijke beslissing. De Franse, en bij uitbreiding *civilian*, rechterlijke motiveringsstijl gaat wat hem betreft zelfs hand in hand met “the suppression of (internal) dissent” en “deviant views” (Dawson 1968: 406). En als klap op de vuurpijl stelt Dawson dat dit alles “raises (...) issues of personal responsibility” (Dawson 1968: 406): Franse rechters nemen wat Dawson betreft niet de verantwoordelijkheid “for shaping, restating and ordering the doctrine that they themselves produce” (Dawson 1968: 415). In vergelijkende zin vormen de Franse rechters de antithesis van de transparante, individueel verantwoordelijke, democratisch deliberatieve rechter in de *common law*. Franse rechters hebben wat Dawson betreft een legitimiteitsprobleem.

Dat is krachtige taal, en de zojuist vermelde Lasser stoort er zich aan. Volgens hem is een dergelijk standpunt geen zuivere, want eenzijdige, analyse van de gang van zaken met betrekking tot in ieder geval het Franse hof van cassatie, en is er alle reden om het te herzien. Zeker, de motiveringen van het Franse hof zijn veelal extreem kort – meestal slechts een enkele alinea – en hebben steeds de vorm van een versluisend syllogisme waarin werkelijk niets merkbaar is van de moeilijke ethische en politieke keuzes die het hof vaak onvermijdelijk heeft moeten maken. Ze zijn bovendien anoniem³² en unaniem, en geschreven in een ‘magistrale’ toon (derde persoon enkelvoud) zonder verwijzingen naar eerdere uitspraken over de aanhangige kwestie of naar tegenargumenten of alternatieve zienswijzen: de rechter als passief instrument van de wetgever die mechanisch uitspraken perst in de mal van de *Code civil*.³³

Maar in weerwil van de wijdverbreide rechtsvergelijkende leer over deze aangelegenheid, zoals onder meer verwoord door de aangehaalde Dawson,³⁴ scoort het Franse hof wat Lasser betreft desondanks heel behoorlijk qua legitimiteit. Er zij aan herinnerd (zie par. 3.2) wat wij hier onder legitimiteit verstaan: de algemene bereidheid van justitiabelen rechterlijke uitspraken als dwingende gezagsuitingen te accepteren. In deze omschrijving is bereidheid tot aanvaarding niet afhankelijk van transparantie in de zin van argumentatieve openheid. Die afhankelijkheid kan in een specifiek rechtssysteem natuurlijk worden verondersteld of zelfs geëist, maar dat is wat anders dan in transparantie een universeel basiskenmerk van en noodzakelijke voorwaarde voor legitimiteit te zien. Een rechtsbestel kan legitimiteit dus stoelen op andere gronden dan transparantie.

Het Franse systeem van rechtsvinding, argumentatie en motivering bestaat namelijk uit een officieel en een onofficieel discours (*bifurcation*). Er is sprake van parallelle circuits, en de officiële Franse presentatie – vooral dan de publiek zichtbare motivering – van de rechterlijke beslissing representeert in die zin nauwelijks de totaliteit van de Franse argumentatieve praktijk ter zake.

“There exists, hidden within the French judiciary, an entire other argumentative universe in which French magistrates argue not in terms of formalist application of codified law, but in terms of the social repercussions of their past, present and future judicial decisions and of their concomitant normative rules of jurisprudence. In this hermeneutic discursive sphere, French magistrates argue in the incredibly open-ended and unstructured terms of ‘equity’ and ‘justice’; justify their contemporary interpretive positions by propounding the need to adapt the law to changing social realities; and do so in the impassioned tones of individuals committed to the responsible exercise of the normative power implied by their social charge. By debating in this manner, French magistrates demonstrate a very different conception of the institutional competence of the French judiciary, one that addresses the concerns of French academic doctrine in a way that the syllogistic French judicial decisions obviously do not” (Lasser 2004: 61).

Achter het officiële discours, dat zonder twijfel formalistisch en legalistisch is, schuilt een officieus systeem van open, ‘realistische’ discussie en debat tussen de magistraten onderling. En dat deels officiële, deels officieuze discours is weer ingebed in een ruimer geheel van bijpassende codes en instituties. In Frankrijk behelst dat ruimer geheel onder meer: de *conclusions* van de advocaten-generaal³⁵; concepten van uitspraken (*projets d’arrêt*) die weliswaar niet publiek zijn maar desondanks in het licht van hun mogelijke maatschappelijke consequenties druk worden bediscussieerd door de magistraten en die worden geproduceerd door de *conseiller rapporteur*; de rechtsgeleerde *doctrine*; en een jaarlijks gepubliceerd verslag ten behoeve van de minister van Justitie (de *Garde des Sceaux*) waarin uitdrukkelijk wordt aangegeven ten aanzien van welke rechtsvragen het hof moeilijkheden heeft ondervonden (inclusief suggesties aan het parlement ter verbetering). Al deze elementen ondersteunen en versterken elkaar en leiden uiteindelijk, wat de rechtspleging betreft, tot een systeem van wat we hier maar rechterlijke *checks and balances* noemen.

Zo fungeert met name de rechtswetenschappelijke literatuur, *la doctrine*, als een intermediair. Enerzijds is *la doctrine* overduidelijk niet het product van de wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke macht. Anderzijds speelt de doctrine een niet te onderschatten centrale rol in het Franse rechtssysteem.

Franse hoogleraren in de rechten zijn niet alleen ambtenaren in arbeidsrechtelijke zin, zij zijn ook allemaal opgeleid aan door de staat gefinancierde en geleide onderwijsinstellingen (evenals rechters, overigens; zie hieronder).

Daarnaast schrijven ze annotaties bij rechterlijke uitspraken. Het belang van deze annotaties blijkt hieruit dat ze veelal worden gepubliceerd als addendum bij de rechterlijke uitspraak zelf (en in jurisprudentietijdschriften zoals *Recueil Dalloz* of *Juris-Classeur Périodique*) en dat ze voor Franse advocaten de primaire bron van informatie zijn over de betekenis van Franse rechterlijke uitspraken. De annotator duidt de betekenis en het belang van de uitspraak door deze te plaatsen in de context van ontwikkelingen in de rechtspraak en de samenleving. Daaruit blijkt dat rechters zich terdege bewust zijn van maatschappelijke kwesties en van grote verschillen van inzicht over wanneer bijvoorbeeld wel en niet schadevergoeding toe te kennen aan slachtoffers van een onrechtmatige daad. Dit is een opvallende en belangrijke constatering, want niet alleen geeft de rechterlijke uitspraak zelf geen blijk van dit besef en van zulke verschillen, het toont bovendien aan dat de feitelijke en doctrinaire visie op de rol van de rechter een volstrekt andere is dan die uit het officiële beeld naar voren komt. Deze visie gaat zo'n honderd jaar terug, na de vernietigende kritiek van François Géný (1899) op de mechanische en formalistische rechtspraakpraktijk van zijn tijd. Sindsdien heeft zich, mede onder aanvoering van rechtsgeleerden als Jean Carbonnier en André Tunc (zie verder onderdeel VI hierover), de opvatting ontwikkeld dat de rechter een belangrijke rol kan en zelfs moet spelen in het moderniseren van het recht.

Daarnaast manifesteert deze onofficiële visie op de rol van de rechter zich ook binnen de rechterlijke macht zelf. Zoals zojuist gesteld voeren Franse magistraten, buiten het zicht van het publiek, expliciet sociaal georiënteerde discussies met elkaar over welke uitspraak de rechter in een gegeven zaak zou moeten doen. In dit afgeschermd discours spelen met name de *avocat générale* (AG) en de *conseiller rapporteur* (CR) een belangrijke rol. De AG is lid van het *Ministère public* en treedt in rechtszaken op als *amicus curiae* die het maatschappelijk belang vertegenwoordigt. De AG presenteert zijn argumenten en adviezen in *conclusions*. De CR is lid van het *Cour*, neemt deel aan de beraadslagingen en stemt mee over de uitspraak. De CR presenteert zijn argumenten en adviezen in een *rapport*. Kortom, in elke zaak voor het *Cour* pleiten twee magistraten ten overstaan van hun collega's waarom in een gegeven zaak welke beslissing zou moeten volgen.

Voor een goed zicht op het zelfbeeld van de Franse magistratuur moeten we kort ingaan op de eigenschappen van de *conclusions* en de *rapports*. Beide documenten zijn goeddeels onttrokken aan de blik van het bredere publiek.

De *conclusions* worden uiterst sporadisch gepubliceerd en de *rappports* zo mogelijk nog minder frequent, en dan nog in sterk verkorte vorm. En het is bijzonder moeilijk, zelfs voor wetenschappers, toegang te krijgen tot *conclusions* en *rappports* die niet gepubliceerd zijn. Beide documenten zijn opvallend lang en niet alleen in vergelijking met uitspraken van het *Cour*: een omvang van 50 pagina's is geen uitzondering, zeker wanneer die betrekking hebben op de zogenaamde *arrêts de principe* (in tegenstelling tot de *arrêts d'espèce*): dat zijn die arresten waarin nieuwe rechtsprincipes tot ontwikkeling worden gebracht; zaken die 'er toe doen'.

Alleen al dit gegeven maakt aannemelijk dat de argumentatieve praktijk van Franse rechters meer om het lijf heeft dan hun uitspraken doen vermoeden. Beide documenten besteden – anders dan de uiteindelijke uitspraak van de rechter – in hun analyse uitgebreid aandacht aan relevante nationale wetgeving, precedënten, academische publicaties (doctrine) en Europese (en soms buitenlandse) wetgeving of rechterlijke uitspraken. Beide documenten sluiten af met een advies over hoe het hof in de zaak dient te beslissen. Maar waar de AG zijn advies zeer duidelijk presenteert als een keuze voor ofwel verwerping van het beroep ofwel vernietiging van het bestreden arrest, is de CR minder stellig. Sterker, de CR stelt standaard minstens twee ontwerpuitspraken op (*projets d'arrêt*) en legt die aan zijn mederechters in de zaak voor.³⁶ Deze ontwerpuitspraken vormen een concrete schriftelijke manifestatie van de interpretatieve ongewisheid die voor het *Cour de cassation* dagelijkse realiteit is en die een wezenskenmerk is van het verborgen, onofficiële discours van de Franse rechtspraak.

Waar Lasser vervolgens sterk de nadruk op legt is de persoonlijke stijl die de AG en de CR in hun producties hanteren.³⁷ De magistraat is niet langer *la bouche de la loi*, maar een individu dat een gefundeerde persoonlijke mening ventileert. Deze persoonlijke stijl markeert volgens Lasser het breekpunt met het onbetwiste en onbetwistbare gezag van de wet. De auteurs van de *conclusions* en *rappports* gaan ook uitvoerig in op de opvattingen van wetenschappers en commentatoren en vragen hiermee aandacht voor doctrinaire controverses en interpretatieverschillen. En juist de onloochenbare rivaliserende interpretatieve mogelijkheden die de AG en de CR expliciet benoemen, maken dat uitspraken van het *Cour*, ondanks hun strikt instrumentele voorkomen, een belangrijke normatieve rol spelen. Het is dan ook niet zo vreemd dat de AG en de CR in hun stukken altijd verwijzen naar relevante jurisprudentie. Om de medemagistraten te overreden, slaat de AG (of de CR) bovendien een toon aan van heilige verontwaardiging en gebruikt daarbij bijna steevast het woord *shocking*.³⁸ Via deze retoriek toont de magistraat zich een sociaal voelend individu in plaats van een passief instrument dat mechanisch de wet toepast.

Wat specifiek voor Frankrijk ook uiterst belangrijk is, is dat dit alles is ingebed in een gecentraliseerd systeem van opleiding en doorgedreven selectie, gecontroleerd en georganiseerd door de Franse staat zelf, van degenen die beroepsmatig zijn betrokken bij het Franse systeem van rechtspleging: slechts een klein percentage van de juristen die deelnemen aan het *concours* voor de magistratuur wordt toegelaten³⁹ tot de tweeënhalfjarige opleiding van de *Ecole nationale de la magistrature* (ENM, gevestigd te Bordeaux en Parijs). Ook na toegang blijft er een permanent systeem van strikte evaluatie en rangordering in de ENM, zoals dat tevens bestaat gedurende de strak georganiseerde en gereguleerde beroepsloopbaan zelf. In ieder geval wordt door dit competitieve systeem van selectie en evaluatie een overheidselite gecreëerd en onderhouden. Voor sociale rang en stand is bij dit alles geen plaats, zo gaat toch het ideaal: iedereen kan deelnemen aan de concoursen en alleen de besten worden uitverkoren om namens de Franse staat een publieke rol als rechter op te nemen. Het systeem is aldus democratisch en meritocratisch. Dit leidt er uiteindelijk toe dat er een representatieve band bestaat tussen de Franse staat en zijn burgers – *le peuple français*.

Dit alles is gekoppeld aan een typisch Franse ‘revolutionaire’ bronnenleer: rechtspraak is geen bindende bron van recht, mocht dat na de Franse Revolutie ook niet meer zijn (de rechter is immers geen wetgevende macht), maar is wel een gezaghebbende bron van recht; het onderscheid tussen *la loi* en *la jurisprudence* is in die zin nog steeds een gezichtsbepalend element van het Franse rechtssysteem, hoe feitelijk achterhaald ook. De kwestie is dat paradoxaal genoeg deze opvatting het volgens Lasser blijvend mogelijk maakt de rechtscheppende functie van de rechtspraak feitelijk te erkennen, juist omdat de rechtspraak formeel gezien niet bindend is. Ook de publieke anonimiteit van de beslissing heeft hierin trouwens een rol te vervullen: door de persoonlijkheid van de individuele rechter niet te verheffen in de uiteindelijke uitspraak zelf, wordt zijn of haar invloed in zekere zin ook gemitigeerd, en wordt de uitspraak eerder gezien als de objectieve beslissing van het hof als zodanig dan als de beslissing van een bepaalde invloedrijke rechter met zekere politieke overtuigingen. Het gezag van de uitspraak kan dan gemakkelijker wortelen.

Het Franse rechterlijke apparaat is zo gezien geconstrueerd als een samenhangend geheel dat is ingebed in de institutionele en normatieve homogeniteit van het Franse staatsbestel, waarin het hoogst selectieve en meritocratische Franse onderwijs- en professionele bestel een cruciale rol heeft te vervullen. Het Franse rechterlijke apparaat beoogt de idealen van de Franse staat en samenleving te representeren, dat wil zeggen, de “key French notions” van *dixit* Lasser, “centralization, hierarchy, and expertise.” (Lasser 2004: 1⁴³). Het zijn idealen die al sinds de Franse Revolutie en vooral de dagen van

Napoleon de Franse samenleving en haar rechtssysteem doordesemen. Aldus is het Franse systeem van rechtspleging gedacht op grond van een wederkerige relatie tussen de wijze waarop de rechterlijke beslissing publiek wordt gemaakt en de achterliggende institutionele, normatieve en ideologische structuur van de rechterlijke macht en de republikeinse unitaire Franse staat. Kortom, in weerwil van wat een oppervlakkige analyse suggereert, heerst achter en naast het Franse decor van juridisch formalisme een grote openheid. Met dit alles als sleutel tot begrip is het met de argumentatieve en motiveringspraktijk van de Franse hoogste rechter misschien nog niet zo slecht gesteld als de eerder vermelde heersende (rechtsvergelijkende) leer het nogal eens doet voorkomen. We komen op dit punt later in dit hoofdstuk nog terug.

3.3.2 VERENIGDE STATEN

Anders dan in Frankrijk integreert het Amerikaanse *US Supreme Court* zijn formele en beleidsgerichte tendensen in de rechterlijke uitspraak zelf.⁴⁰ In de VS lijkt wat betreft de rechterlijke argumentatieve en motiveringspraktijk het uitgangspunt te gelden “what you see is what you get”. De (ideale) Amerikaanse rechter maakt de motieven voor zijn beslissing immers hoogstpersoonlijk, zeer uitgebreid en openlijk publiek. En hij doet dat eventueel zelfs in tegenspraak met zijn directe collega’s (*dissenting opinions*), zich soms direct richtend tot de Amerikaanse justitiabelen.⁴¹ Onverlet de geheime beraadslagingen weet de totaliteit van de argumentatieve rechterlijke praktijk, zo wordt gezegd, zich voor de ogen van de al dan niet professionele toeschouwer te ontplooiën.⁴² En alleen een rechter die aldus te werk gaat, zou kunnen rekenen op de steun van zijn publiek, heeft aldus legitimiteit, menen tenminste heel wat Amerikaanse wetenschappers.

“Judging in our legal culture should be perceived as democratic judging, riddled with controversial legal and political value judgments. Consequently, the personal/exploratory style of writing opinions is more rather than less likely to foster acceptance of judicial authority.” (Popkin 2007: 181).

Toch kan dit niet het hele verhaal zijn. Want de Amerikanen lijken geen decor op het toneel van de rechterlijke motiveringspraktijk te hebben staan, en de toeschouwer zou daardoor wel eens recht in de coulissen kunnen kijken en eventueel zelfs in de kleedkamers. Desondanks hoeft niet alles wat zich daar afspeelt publiek te zijn. Ook in de Verenigde Staten beoogt de rechter de idee hoog te houden dat hij slechts recht toepast veeleer dan dat hij het schept.⁸⁰ Want om redenen van democratie, redenen althans die samenhangen met de onderscheiden domeinen van de wetgever (die er dan voor de beleidsoverwegingen zouden zijn) en de rechter (die vooral het recht moet toepassen), zijn ook de Amerikanen geen liefhebbers van een al te openlijk

creatieve en beleidsgerichte rechter. Ook in de Verenigde Staten bestaan er dominante opvattingen over scheiding en evenwicht van machten, en over wie het toekomt de grote keuzes te maken ten behoeve van de samenleving. En dus wordt uiteindelijk ook door de Amerikaanse rechter soms toneel gespeeld, geeft die nooit helemaal zijn beleidsoverwegingen bloot en handelt hij alsof hij in zijn arresten de onvermijdelijke en onverbiddelijke *juridische* waarheid proclameert. Een beetje zoals de Franse rechter, maar dan met meer omhaal van woorden. Het leidt tot een spagaat waar bijna niet aan te ontsnappen valt.

Het voorgaande kan mooi worden geïllustreerd aan de hand van het debat over de zogenoemde eenduidige betekenis van de tekst van de US *Constitution*. *Grosso modo* bepleiten voorstanders van een eenduidige betekenis een rechtlijnige en mechanische toepassing van wetteksten en zien tegenstanders meer in een pragmatische interpretatie.

Maar in de praktijk valt dit methodologische onderscheid nogal eens weg, en wel op één van twee manieren: de duidelijke betekenis van een wettekst vloeit dan voort uit een contextuele interpretatie, of de uitleg van een wettekst op grond van de eenduidige betekenis ervan loopt nogal eens over in een doelgerichte interpretatie (of vice versa). Lasser werkt beide verschijningsvormen uit aan de hand van een aantal fragmenten uit uitspraken van het US *Supreme Court*. Vooral de tweede vorm beschouwt hij als tamelijk ingrijpend en hij rondt zijn bespreking ervan fraai af met een citaat van Justice Stevens dat in één adem het methodologische verschil zowel duidt als opheft: “The *plain meaning* of the text reveals Congress’ *intent* to ...” (Lasser 2004: 98).⁴⁴ Deze overloop of samenloop is volgens Lasser in het geheel niet ongebruikelijk en een van de vormen waarin dit fenomeen zich manifesteert is de *negative hypothetical*. De redenering is in dat geval ongeveer als volgt: de betekenis van de wettekst is duidelijk en als het *Congress* een andere betekenis had beoogd, zou het iets anders hebben gezegd. Het is juist die strategie die met name Justice Stevens gebruikt in zijn *dissent* in de zaak *District of Columbia vs Heller* besproken in de inleiding van deze bijdrage. En Justice Scalia presenteerde zijn meerderheidsopinie weliswaar als de juridisch onvermijdelijke conclusie, maar steunde daarvoor wel op het vermeende doel van het *Second Amendment* in de vorm van het construeren van een *pre-existing right* op individueel wapenbezit- en dracht.⁴⁵

Tegelijkertijd wijst Lasser erop dat uitspraken van het US *Supreme Court* waarin meerledige tests worden toegepast, vrijwel altijd expliciet antiformalistische taal bezigen en het nastreven van praktische doelen en effecten aanmoedigen, maar zich tegelijkertijd kenmerken door een structuur en argumentatie die een sfeer oproepen van mechanische productie van

vereiste rechterlijke uitkomsten. Aan de hand van een serie uitspraken over de *Commerce Clause*⁴⁶ van de Amerikaanse grondwet, betoogt hij dat de oriëntatie op praktische effecten – en de vaak daarmee gepaard gaande hartgrondige verwerping van formalisme – kenmerkend is voor de meerledige tests die het US *Supreme Court* gebruikt. En toch, zo stelt Lasser, zijn dergelijke uitspraken juist zeer mechanisch of formalistisch van toon en structuur. Niet alleen wordt de test als zodanig omschreven en worden de samenstellende delen ervan tamelijk categorisch medegedeeld – vergelijkbaar met de manier waarop een wettelijke bepaling wordt aangehaald – ook domineert de test de structuur van de uitspraak. Het hof noemt de test nadrukkelijk aan het begin en het eind van de opinie, volgt de analytische structuur ervan en presenteert een uitkomst die voldoet aan de vereisten die de test stelt. Het is, met andere woorden, de test die centraal staat in de analyse van het hof, en niet langer de wettelijke bepaling die in de zaak aan de orde is. Op die subtiële manier wordt een pragmatische analyse geformaliseerd. Het is precies dat wat Justice Breyer in zijn *dissent* in *District of Columbia versus Heller* deed. Want behalve dat hij steunt op rechtshistorische argumenten, wijst hij prominent op de schadelijke maatschappelijke effecten van het erkennen van een vrijwel ongeclausuleerd recht op wapenbezit en -dracht. En vervolgens voert hij een proportionaliteitstest op die als zodanig juridisch erkend wordt en besteedt hij een omstandig deel van zijn *dissent* aan de toepassing daarvan in de context van dat recht op wapenbezit en -dracht.

3.4 HET KRUMNAGEL-EFFECT⁴⁷

Nu het Franse en Amerikaanse rechtspraakstelsel aan de orde zijn geweest, willen we proberen het verschil in verschijningsvorm en inhoud tussen Amerikaanse en Franse rechterlijke uitspraken tastbaar te maken door een vrij recente uitspraak van het US *Supreme Court* te gieten in het sjabloon van het *Cour de cassation*.

In deze zaak uit 2010 ging het, kort gezegd, om de veroordeling van Terrance Jamar Graham tot levenslange gevangenisstraf zonder mogelijkheid tot vervroegde vrijlating wegens een gewapende inbraak en een poging tot gewapende overval die hij pleegde toen hij minderjarig was.⁴⁸ Graham ('petitioner' in onderstaand fragment) bestreed deze veroordeling op grond van het wrede en ongebruikelijke karakter van de opgelegde straf (*Amendment VIII US Constitution*) tot aan het US *Supreme Court*. Het *Court* honoreerde zijn beroep. Dit is wat er kan gebeuren wanneer de uitspraak van het US *Supreme Court* de gedaante aanneemt van een uitspraak van het *Cour de cassation*:

The United States Supreme Court,

On the issue raised by petitioner;

Given Amendment VIII to the Constitution;

Whereas cruel and unusual punishments shall not be inflicted; (*geldend recht*)

Whereas petitioner, after violating the conditions of his probation, was convicted by the Florida trial court on charges of armed burglary and armed robbery, committed when petitioner was not yet 18, and sentenced to life in prison without parole; (*feiten*)

Whereas the First District Court of Appeal of Florida affirmed petitioner's conviction by the Florida trial court, the Florida Supreme Court denied review, and the United States Supreme Court granted certiorari; (*procedurele voorgeschiedenis*)

Whereas the Court of Appeal concluded that petitioner's sentence was not grossly disproportionate to his crimes and that petitioner was incapable of rehabilitation; (*bestreden uitspraak*)

Whereas, in view of the concept of proportionality being central to the Eighth Amendment, a categorical challenge to a term-of-years sentence requires consideration of objective indicia of society's standards, as expressed in legislative enactments and state practice, to determine whether there is a national consensus against the sentencing practice at issue; whereas additionally exercise of independent judicial judgment is required to determine whether the punishment in question violates the Constitution, taking into account the culpability of petitioner in light of his crimes and characteristics, along with the severity of the punishment in question, as well as the penological justifications for the sentencing practice at issue; whereas the climate of international opinion concerning the acceptability of a particular punishment is not irrelevant; (*juridische analyse*)

Whereas the Constitution prohibits the imposition of a life without parole sentence on a juvenile offender who did not commit homicide; (*juridische conclusie*)

On these grounds, reverses the judgment of the First District Court of Appeal of Florida and remands the case for further proceedings not inconsistent with this opinion. (*uitspraak*)

Het leerzame aan een exercitie als deze is dat zij futiel is. De pijn zit natuurlijk vooral in de juridische analyse. Waar die naar Amerikaanse begrippen volstrekt ontoereikend is uitgewerkt, gaat die naar Franse begrippen juist veel te ver.

Eerst het Amerikaanse perspectief. De daadwerkelijke opinie van het US *Supreme Court* in deze zaak telt 32 pagina's – de samenvatting (4 blz.), de bijlage (3 blz.), de *concurrency* (12 blz.) en de twee *dissents* (2 resp. 29 blz.) niet meegeteld. Kenmerkend voor meerderheidsopinions van het *Court* is dat zij veel verwijzingen naar eerdere uitspraken bevatten – conform de leer van

stare decisis en de status van rechterlijke opinies als recht – en deze opinie is hierop geen uitzondering. Bovendien werkt het hof de proportionaliteitsnorm die het hanteert zeer omstandig uit in een aantal criteria, die het vervolgens gemotiveerd toepast.⁴⁹ Dit alles ontbreekt in bovenstaande weergave en die is daarmee onverteerbaar voor de Amerikaanse juridische maag. *Zonder transparantie geen legitimiteit!*

Wat de Franse invalshoek betreft, heel veel korter kan de gefingeerde uitspraak niet, maar toch is wat er staat – de aard van de overwegingen – tegen het zere Franse been. De drie genoemde overwegingen vermelden namelijk expliciet de norm, het criterium en de factoren die het US *Supreme Court* hanteert bij het beantwoorden van de vraag of de opgelegde straf in strijd is met de grondwet. Dat expliciete benoemen lijkt niet goed verenigbaar met het summiere en syllogistische karakter van uitspraken van het *Cour de cassation*. Bovendien zijn de norm, het criterium en de factoren die het US *Supreme Court* hanteert *buitenwettelijk* van aard en dat past niet in de Franse optiek, waarin immers het oordeel van de rechter zichtbaar en exclusief dient voort te vloeien uit de wet als product van de wetgever.⁵⁰ Dat maakt van de “exercise of independent judicial judgment” (cursivering toegevoegd) misschien wel de grootste steen des aanstoots. *Zonder wettelijke basis geen legitimiteit!*

3.5 HET WIKILEAKS-EFFECT

Uit de uiteindelijke vergelijking tussen de argumentatieve en motiveringspraktijk van respectievelijk het hoogste Franse en Amerikaanse gerechtshof kan wat het Amerikaanse US *Supreme Court* betreft een verrassende conclusie volgen. De verschillen tussen de rechtssystemen onderling zijn namelijk uiteindelijk gerelateerd aan de wijze waarop men de twee discoursen, dat wil zeggen het vermelde officiële en onofficiële discours, in een evenwicht weet te brengen. En juist omdat het Amerikaanse hoogste gerechtshof de twee eerder vermelde discoursen integreert, stelt ook dat zich wat verdoken op (Lasser 2004: 339). De conclusie zou dan ook kunnen luiden dat, waarschijnlijk juist omwille van de officiële geslotenheid van het Franse magistraatelijke debat, het officieuze debat in Frankrijk opener is dan het publieke Amerikaanse debat (en dat is het enige wat er is: rechterlijke argumentatie en motivering vallen in de VS immers goeddeels samen!).

De zeer georganiseerde Franse institutionele structuur waarbinnen magistraten worden opgeleid en opereren waarborgt, zo gaat het idee, dat rechterlijke besluitvorming functioneert als de katalysator voor openhartige debatten tussen juridische experts; debatten die zich afspelen buiten het publieke domein. Om vat te houden op deze vrije discussie werkt het Franse rechtssysteem met de doctrine dat rechterlijke uitspraken geen recht zijn (maar

wel, of hooguit, normatief gezaghebbend). De aandacht van het grote publiek en van de media kunnen nogal eens in de weg staan aan een vrije uitwisseling van ideeën en meningen. Kortom, er zou wel eens een betreurenswaardige – en overigens onbeoogde – spanning kunnen bestaan tussen (vermeende of beoogde) transparantie en rechterlijke deliberatie, en zo bezien lijkt het Franse systeem deze spanning te hebben verholpen ten faveure van vrijheid van deliberatie. Gegeven de al eerder geconstateerde discursieve tweedeling in het Franse rechtspraakstelsel (en wat daarover is gezegd) maakt dit aspect het des te moeilijker vol te houden dat het starre syllogisme van uitspraken van het *Cour de cassation* representatief is voor de Franse rechterlijke *attitudes*.

De Franse discursieve tweedeling stelt deskundige, hooggeplaatste en door de staat geselecteerde, opgeleide en gecontroleerde rechterlijke elites dus juist in staat in een beschermde institutionele omgeving deel te nemen aan openhartige inhoudelijke discussies. Die discussies worden zowel gevoed als begrensd door doctrinaire opvattingen en door het leerstuk dat alleen de wetgevende macht rechtsnormen kan creëren. Daarmee verliest de Franse rechterlijke macht een aanzienlijk deel van haar invloed op de normatieve inhoud en invloed van haar eigen uitspraken. Die begrenzing gaat nog verder: rechters mogen geen individuele opinie publiceren, en weten zich dus altijd omgeven door en gebonden aan de opvattingen van hun collega's.

De democratische legitimiteit van het Franse rechtspraakstelsel is dan gegrondvest op twee bronnen. De eerste bron is zowel theoretisch als procedureel van aard. Het theoretisch aspect betreft het al eerder besproken primaat van de wetgever. Procedureel heeft de rechterlijke macht de bevoegdheid om kwesties onder de aandacht te brengen van de wetgever, aanvankelijk door middel van een *référé législatif* (een verzoek van de rechter aan de wetgever om een bepaalde netelige interpretatieve kwestie via wetgeving af te handelen), tegenwoordig door middel van voorstellen tot wetwijzigingen in het jaarverslag van het *Cour* (zie hierover eerder par. 3.3.1).⁵¹

De tweede bron is het reeds vermelde meritocratische republikeinse ethos en de structuur van de Franse staat. De Franse staat heeft een systeem opgetuigd voor de selectie, vorming en promotie van zijn ambtenaren, onder wie magistraten. Dit systeem, evenals het gehele Franse staatsonderwijs, is in beginsel gratis en staat daarmee open voor iedereen en iedereen kan dus gebruikmaken van de geboden mogelijkheden om zich te ontwikkelen. In die zin is 'elite' een betrekkelijk begrip en kan het ambtenarenapparaat, en dus ook niet-gekozen rechters, worden gezien als een tamelijk representatieve afspiegeling van de samenleving. Daarnaast is de staat centralistisch georganiseerd en geldt sinds de Revolutie dat de staat geen onderscheid maakt tussen zijn burgers: het volk is een eenheid.

In de vs, zoveel moge inmiddels duidelijk zijn, gelden andere aannames en processen. Elke rechterlijke opinie wordt er gepubliceerd en ondertekend door een rechter die haar redenering uitwerkt in een zeer gedetailleerde feitelijke en juridische analyse. Dit bevordert zagezegd de toegankelijkheid en rechterlijke verantwoording. Deze transparantie verandert de aard van de legitimatie van rechterlijke besluitvorming. Alles wat Amerikaanse rechters in hun argumentatie doen, moet voldoen aan erkende criteria en patronen (die overigens zijn en worden ontwikkeld in de jurisprudentie). De legitimiteit van een rechterlijk oordeel staat of valt dus in belangrijke mate met de logica en argumentatie van het ondertekende oordeel, en niet zoals in Frankrijk met de structurele legitimiteit van het gerechtelijke apparaat als geheel waarin dit oordeel wordt geproduceerd.

De formalistische en beleidsgerichte tendensen die ook in het Amerikaanse rechterlijke (en juridische) discours zijn te ontwaren worden gebundeld in één document: het rechterlijk oordeel. Dit maakt de legitimiteitslast die op de rechter rust niet lichter. Amerikaanse rechters vormen recht en hun oordelen hebben de status van recht (*case law*). Geen wonder dat juridische debatten in de vs zich zo sterk fixeren op rechterlijke uitspraken en de interpretatieve methoden die rechters gebruiken. Omdat de twee genoemde tendensen regelmatig onder vuur liggen (nota bene ook van rechters zelf), moet een rechter een veilige en verhullende argumentatieve middenkoers varen.

Het Amerikaanse rechterlijke discours kent eigenlijk geen tegenwicht (zoals uitspraken van het *Cour de cassation* dat wel kennen in de annotaties): jurisprudentietijdschriften (*court reports*) publiceren uitsluitend rechterlijke uitspraken en rechtswetenschappelijk commentaar verschijnt in aparte tijdschriften (*law reviews*) waar in Frankrijk rechtswetenschappelijke literatuur, *la doctrine*, waaronder annotaties, nadrukkelijk, zij het officieus, een intermediërende rol speelt (zie hierover par. 3.3.1). Amerikaanse rechters hebben dus feitelijk alle kaarten in handen. De invloed van rechterlijke uitspraken is daarmee groot. Niet alleen gelden ze als recht, rechtswetenschappelijk commentaar is niet meer dan dat: commentaar. Hoe invloedrijk sommige rechtswetenschappelijke publicaties desondanks in academia ook mogen zijn.

Gezien haar rechtskracht en haar openbare karakter heeft de rechterlijke opinie nogal wat waar te maken – een last te torsen – en het rechterlijk discours speelt ook om die reden op veilig, in een poging publiekelijk aan te tonen dat het alomtvattend en boven alle twijfel verheven is. Enerzijds leidt dit tot een mix van formalistische en beleidsgerichte impulsen die worden geneutraliseerd in een woordrijk en gematigd interpretatief centrisme.

Anderzijds vormt de argumentatieve en analytische mal die de rechter vervaardigt het grote voorbeeld dat doet volgen voor andere rechters en juristen. Daarmee krijgt de analytische structuur van het rechterlijk oordeel iets dwingend; een welhaast mechanisch keurslijf.

We zouden deze neutralisering met een analogie ook wel kunnen duiden als een gevolg van de ‘wikileakisering’ van de rechterlijke motivering. We kwamen hierop naar aanleiding van de uitzending van het televisieprogramma *Buitenhof* van 1 december 2010.⁵² Aan het einde van een discussie over Wikileaks werd de vraag gesteld of de nieuwe openheid die door Wikileaks werd gepropageerd niet te hoog op het schild werd gehesen: welke effecten heeft dit nu eigenlijk? Inderdaad meer transparantie op overheidsniveau? Een van de discussianten stelde dat het tijdperk van de nieuwe geslotenheid ook is gearriveerd.

Overheidsfunctionarissen, want over hen ging het bij Wikileaks vooral, zullen wel twee keer gaan nadenken wat ze tegen elkaar zeggen in het geheim van het overheidsberaad, de beslotenheid van het ministerie of het diplomatiek overleg. Want blijkbaar kan – moet! – alles immers naar buiten komen. Desondanks zou de kwaliteit van het overheidshandelen gebaat kunnen zijn bij een zekere discretie.⁵³ Een vergelijkbare redenering zou kunnen opgaan voor de Amerikaanse rechterlijke argumentatieve praktijk. Want het beeld dat inmiddels is ontstaan is dat van een opvallend krachtige rechterlijke dominantie in de argumentatieve sfeer. Maar diezelfde controlerende rechter wordt wel geacht transparant uitspraak te doen in de zin van omstandig en in alle openheid argumenteren. Hoe realistisch is dit? Als de openheid die Wikileaks voorstaat bij de overheid het tegengestelde effect – geslotenheid – heeft, dan is niet uit te sluiten dat Amerikaanse rechters, die hun beslissingen nu eenmaal omstandig en publiekelijk moeten verantwoorden, hun argumentatie neutraliseren met een technische, langdradige en veilige manier van redeneren: de formalisering van het pragmatisme (zie hierboven en par. 3.3.2). Het mogelijke resultaat hiervan is de depolitisering van de rechterlijke argumentatie en het feitelijk ontbreken van een inhoudelijk debat. De zware legitimatielast die rust op het rechterlijk oordeel kan ertoe bijdragen dat het rechterlijk debat zijn heil zoekt in een veilig, mild en technocratisch centrisme dat het Amerikaanse rechterlijke argumentatieve landschap domineert met de status van recht, maar dat geen recht doet aan de rechtscheppende functie die de rechtspraak onvermijdelijk mede heeft.

3.6 KRITIEK

Wie totale argumentatieve openheid van rechters eist of verwacht, of dat vanzelfsprekend of gewenst vindt, is geneigd in Franse rechterlijke uitspraken een schrijnend gebrek aan transparantie te zien. Of die neiging en die observatie terecht zijn is hier niet aan de orde. Wat ertoe doet is dat het Franse rechtsbestel een alternatief mechanisme biedt: weliswaar deels aan het oog onttrokken, maar desondanks, zo is het idee, legitiem. Het ideaalbeeld zoals hierboven geschetst gaat ervan uit dat de legitimiteit van de rechterlijke motivering voortvloeit uit de inrichting en de werking van het systeem als geheel en in dat licht bezien hoeft het niet te verbazen dat een omvangrijkere, althans meer inhoudelijke, motivering vreemd is aan de openbare uitspraken van Franse rechters en misschien wel aan de Franse rechtscultuur.

Maar dit ideaalbeeld neemt niet weg dat er ook in Frankrijk zelf wel degelijk kritiek wordt geleverd op de motiveringspraktijk van het *Cour de cassation*. Ook de Franse rechtscultuur is onderhevig aan motiveringsdruk van binnenuit; die cultuur is blijkbaar geen gefixeerd gegeven. Zie bijvoorbeeld de toenmalige *premier président* van het Franse *Cour de cassation*, Guy Canivet, in het dagblad *Le Monde* van 27 september 2006: “*Il faut rendre intelligible le débat juridique pour la société (...) Le juge américain rédige sa décision avec une optique pédagogique. Les nôtres sont écrites par des juristes pour des juristes.*”⁵⁴ Nieuw is die kritiek overigens niet. Reeds in 1974 lieten A. Tunc en A. Touffait – respectievelijk rechtswetenschapper en hoge magistraat – een gelijkaardig geluid horen (Tunc en Touffait 1974: 487). Ze hielden tevens een pleidooi voor het gebruik van *dissenting opinions* en het hanteren van beleidsargumenten in rechterlijke beslissingen.⁵⁵ Ook het uitgangspunt van Lasser dat het systeem van *concours* een meritocratische elite oplevert, kan worden bekritiseerd. De socioloog Bourdieu heeft blootgelegd hoezeer een dergelijk bestel nu juist bevestigend werkt voor de zittende maatschappelijke elite (Bourdieu 1989). Het valt niet te ontkennen: niet alles is koek en ei in het Franse systeem van rechterlijke argumentatie en rechtspleging.

Het lijkt dus niet onredelijk te concluderen dat er spanning bestaat tussen het ideaal en de realiteit van de Franse rechtspleging. Maar die conclusie, hoe terecht ook, doet niets af aan de constatering dat deze spanning ook bestaat in het Amerikaanse bestel: geeft de Amerikaanse situatie, zo bleek uit het voorgaande (par. 3.5), immers niet eveneens aanleiding tot drogredeneringen, tot verhullend argumenteren?⁵⁶ In ieder geval, de suggestie die van de vergelijking tussen Frankrijk en de VS uitgaat is dat een meer omvangrijke motivering enerzijds en een goede of zelfs betere kwaliteit van de rechtspraak anderzijds niet noodzakelijk samenvallen.

3.7 NEDERLAND

Wat zou dit inzicht (kunnen) impliceren voor de Nederlandse situatie? Om die vraag te beantwoorden moeten we in deze paragraaf eerst de Nederlandse argumentatieve praktijk van de Hoge Raad presenteren. Kort gezegd is die qua institutionele structuur nog steeds sterk getekend door de Franse traditie, waarvan het een erfenis is: er zijn adviezen van de advocaat-generaal of procureur-generaal, de uitspraken worden unaniem gepresenteerd, de namen van de betrokken raadsheren staan onder de beslissing vermeld en de toon is zakelijk en magistraatelijk. De uitspraak kan ook zeer kort en uiterst summier gemotiveerd zijn,⁵⁷ maar veelal motiveert de Hoge Raad zijn besluiten uitvoeriger dan het *Cour de cassation*.⁵⁸

Desalniettemin vallen de argumentaties van de Hoge Raad zuiver kwantitatief gezien vaak in het niet bij die van het US *Supreme Court*, ook als de conclusie van de AG wordt meegerekend. Net als het *Cour de cassation* en het US *Supreme Court* publiceert de Hoge Raad zijn uitspraken. Net als bij het *Cour de cassation* neemt de AG bij de Hoge Raad conclusie, waarin hij de merites van de voorliggende zaak uitvoerig bespreekt, argumenten voor en tegen aanvoert en weegt, de jurisprudentiële lijn uiteenzet en adviseert tot verwerping van het cassatieberoep of vernietiging van de bestreden uitspraak. Anders dan bij het *Cour de Cassation* wordt de conclusie samen met de uitspraak gepubliceerd.⁵⁹ In het Amerikaanse rechtssysteem bestaat geen met de AG vergelijkbare functionaris;⁶⁰ wat de AG doet, doet in de VS de rechter zelf in zijn *reasoned opinion*.

Wat zou de betekenis van transparantie in het Nederlandse rechtsbestel kunnen zijn, althans wat betreft de rechterlijke argumentatieve praktijk en motivering? Onlangs zijn er kort na elkaar twee proefschriften verschenen over het begrip transparantie. In *Transparantie. Icoon van een dolende overheid*⁶¹ (2012) laat Scholtes aan de hand van bestudering van meer dan 5.000 Kamerstukken uit de periode 1995–2010 zien dat transparantie in het politiek-bestuurlijk discours een ongrijpbaar begrip is: het is niet eenduidig, noch eenvoudig en onschuldig. Zij identificeert zeven betekenissen en daarbinnen 36 verschillende varianten.

Dit maakt dat transparantie zeer ambigu en daarmee multi-inzetbaar is en daarom zeer populair bij politici en bestuurders. Wat Scholtes bovenal opvalt, is dat het begrip transparantie, ook al wordt nogal eens de voorkeur gegeven aan non-transparantie en voldoet transparantie lang niet altijd aan de verwachtingen, een “overwegend positieve connotatie” (blz. 266) heeft. Het is een ‘hoerabegrip’, een ‘multivitamine’: het “wordt steeds, en in toenemende mate, een effectieve remedie geacht voor tal van kwesties

waar de overheid mee worstelt” (blz. 257). In *Transparency and Trust. An Experimental Study of Online Disclosure and Trust in Government*⁶² (2012) constateert ook Grimmelikhuijsen dat “(t)ransparantie wordt gezien als panacee voor alles wat er mis gaat bij overheidsorganisaties” (blz. 277).

Hij stelt vast, overigens net als Scholtes (259), dat transparantie – in de in zijn proefschrift gebruikte zin van “actieve informatieverstrekking via het internet” (Scholtes: 277, cursivering verwijderd) – als cruciaal wordt gezien voor het bevorderen of herstellen van vertrouwen⁶³ in de overheid. Zijn empirisch onderzoek geeft aanleiding die veronderstelde heilzame werking van transparantie te nuanceren. Ja, transparantie heeft “een positief effect op eerlijkheid” (Scholtes: 284, complete informatie over besluitvorming door de gemeenteraad, een kijkje in de keuken), maar het heeft “een negatief effect op de gepercipieerde competentie” (Scholtes: 284, gekibbel en ineffectief en inefficiënt handelen worden zichtbaar). Andersom betekent dit dat een overheid die minder transparant is eerder als competent wordt ervaren (wat niet weet, wat niet deert) maar ook sneller als minder eerlijk. Grote verwachtingen en demystificatie van overheidsorganisaties staan op gespannen voet met elkaar: enerzijds wordt openheid gezien als een must en wordt er veel van verwacht (doortastend optreden), anderzijds zijn bestuurders ook maar mensen en dus feilbaar. Ook in die zin bestaat er spanning tussen ideaal en werkelijkheid.

Scholtes en Grimmelikhuijsen hebben weliswaar geen onderzoek gedaan naar de mogelijke rol(len) en betekenis(sen) van transparantie in opvattingen over rechterlijk optreden, maar het rechterlijk motiveren (en bij uitbreiding *dissenting opinions*) laat een enigszins vergelijkbaar spanningsveld zien. Welbeschouwd is een enkelvoudige en logisch dwingende uitkomst in de rechtspraak een onmogelijkheid: “(r)echtspreken is kiezen” en “het recht (is) het altijd voorlopige resultaat van meningsvorming en overtuiging” (Vranken 1995: 141).⁶⁴ Er zijn dus altijd meerdere levensvatbare uitkomsten construeerbaar en subjectiviteit valt nooit helemaal uit te sluiten, al was het maar omdat de rechter open termen moet uitleggen om in een concreet geval tot een beslissing te komen en de invloed van de persoonlijkheid van de rechter op zijn eigen afwegings- en besluitvormingsproces niet goed te duiden is, ook niet door de rechter zelf. Dat de rechter dus niet openlijk – althans niet in deze extreme zin – wikt en weegt is natuurlijk beslist geen makke. Maar wat dan? Welke vorm en mate van motiveren (transparantie) is dan gewenst? In Nederland lijkt een gedifferentieerde motiveringsplicht vrij algemeen aanvaard te zijn: “(s)oms kan de rechter met enkele regels volstaan, andere keren moet hij uitgebreid en diepgaand motiveren” (Vranken 1995: 148).⁶⁵ Wanneer hij het eerste zou mogen doen en het tweede zou moeten doen, laten we hier onbesproken.⁶⁶ Wat hier relevant

is, is de manier waarop de Hoge Raad zijn beslissingen onderbouwt, zijn stijl. In de praktijk “gaat (de rechter) zoveel mogelijk recht op zijn doel af” (Vranken 1995: 110).

Volgens Martens, oud-president van de Hoge Raad, is die aanpak zelfs “welbewust beleid” (Vranken 1995: 110). Het betreft een “van meet af aan gedeceideerd van een bepaalde opvatting getuigende betoogtrant” (Martens, zoals geciteerd in Vranken 1995: 110). De uitspraak moet zich daardoor laten lezen als “een goede pleitnota, waarin ondersteunende argumenten breed worden uitgemeten en tegenargumenten slechts zoveel aandacht krijgen als voor de overtuigingskracht of voor de duidelijkheid van het eigen standpunt nodig is.” (Vranken 1995: 110, Martens parafraserend). De uitkomst wordt aldus gepresenteerd als de rechte enig mogelijke uitkomst. Ook de rechters van het *US Supreme Court* en het *Cour de cassation* hanteren deze stijl. En in het effect van die stijl – *Roma locuta, causa finita*⁶⁷ – onderscheiden uitspraken van noch de Hoge Raad noch het *US Supreme Court* zich van die van het *Cour de cassation*, ook al zijn laatstgenoemde uitspraken uiterst spaarzaam en daardoor weinig doorgrondelijk gemotiveerd.

Het hogere doel lijkt de uitstraling van gezaghebbendheid te zijn en hoe die gezaghebbendheid wordt ge- en bevestigd lijkt mede af te hangen, zo bleek uit het voorgaande, van opvattingen over de rol van de rechter en de status van zijn uitspraken (en dus niet per se van transparantie als zelfstandige grootheid). *Common law*-rechters lijken meer te doen dan alleen het recht toepassen (immers, *case law*): zij spreken een machtswoord en dat vereist toch wel enige verantwoording, zo is de gedachte. Franse rechters daarentegen (zo wil het paradigmatische rechtersbeeld) doen niet meer dan het recht vinden dat besloten ligt in de wet als enige rechtsbron. De Hoge Raad lijkt daar een beetje tussenin te zitten, althans tegenwoordig. Waar eerder, en vergelijkbaar met de rechtspraakpraktijk in Frankrijk, uitspraken van de Hoge Raad veelal werden gepresenteerd als logische en vanzelfsprekende voortvloeijsels uit de wet, zijn met het toenemen van de rechtsvormende activiteit van de Hoge Raad zijn motiveringen uitvoeriger geworden.⁶⁸ Er lijkt dus een verband te liggen tussen rechtsvorming als rechterlijke activiteit en de mate van motivering van rechterlijke uitspraken.⁶⁹

Interessant is wel dat in de achttiende eeuw een argument tegen motivering was dat een omstandige toelichting de overtuigingskracht van de beslissing zou aantasten (Vranken 1995: 142). Thans lijkt eerder het tegendeel voor waar te worden gehouden: een uitspraak boet juist aan gezag in door een gebrek aan motivering (zie reeds par. 3.2). En daarmee komt niet zozeer transparantie maar weer die gezaghebbendheid als hoger doel om de hoek kijken. Want waar vroeger de Hoge Raad, zoals tegenwoordig nog steeds het

Cour de cassation, zijn uitspraken gezag verleende door een summiere motivering, lijkt dat gezag tegenwoordig niet alleen te wortelen in een uitvoerige motivering (waarmee in die zin voldaan wordt aan de eis van transparantie), maar evenzeer en misschien nog wel meer in de ‘zo is het en niet anders’-stijl van motiveren (zie hierboven over de betoogtrant die Martens bepleit). Dat rechtvaardigt de vraag of een gestuurde stijl van motiveren niet ook onvermijdelijk enigszins verhullend is.⁷⁰ En zo ja, wat betekent transparantie dan en waartoe dient het?

3.8 NAAR EEN HAMMERSTEIN-EFFECT?

Een significante ontwikkeling voor het onderwerp dat in dit hoofdstuk aan de orde is, heeft betrekking op de herijking van de functie van de Hoge Raad in het Nederlandse systeem van rechtspleging. In februari 2008 presenteerde de commissie “Normstellende rol van de Hoge Raad” – naar haar voorzitter de commissie-Hammerstein genoemd – het rapport *Versterking van de cassatierechtspraak*. In dat rapport is te lezen dat

“(d)e Hoge Raad (...) zowel op het gebied van de rechtsvorming als op het gebied van de rechtsbescherming een belangrijke taak (heeft). Deze taken kunnen niet los van elkaar worden gezien. De invulling van deze taken verdient aanpassing.”⁷¹

Deze aanpassing is vooral nodig, aldus het rapport, omdat een substantieel deel van de in cassatie voorgelegde zaken eigenlijk niet de aandacht van de cassatierechter nodig heeft. Met name omdat daarin geen vragen aan de orde zijn waarvan de beantwoording in het belang is van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, terwijl evenmin een belangrijk aspect van rechtsbescherming aan de orde is. Bovendien duurt het vaak te lang voordat vragen die wel enig belang hebben door de Hoge Raad kunnen worden beantwoord. Het is daarom verstandig de tijd van Hoge Raad en parket niet te verspillen, en zaken die de vermelde aandacht niet verdienen in een zo vroeg mogelijk stadium af te doen. De Hoge Raad kan zich vervolgens beter concentreren op zaken die er in het licht van zijn taakstelling ‘toe doen’.⁷² De commissie stelt daarom onder meer een systeem van selectie aan de poort voor:

“De commissie stelt (...) voor in de wet een selectiemogelijkheid op te nemen waarmee de Hoge Raad in staat wordt gesteld een voor cassatierechtspraak ongeschikte zaak niet-ontvankelijk te verklaren. (...) Een selectiekamer zal een schifting moeten maken tussen zaken die er in cassatie toe doen en zaken waarvoor dat niet geldt.”⁷³

Dat zou dan een “positieve weerslag hebben op het gezag (en de bruikbaarheid) van de uitspraken van de Hoge Raad. In ieder geval zou de invoering van een selectiemechanisme ruimte doen ontstaan voor een ontwikkeling naar een meer op rechtsvorming en noodzakelijke rechtsbescherming geconcentreerde rechtspraak.”⁷⁴

Daarnaast lezen we in het rapport een pleidooi voor een ruimere toepassing van het instituut van de “cassatie in het belang der wet” (art. 78 Wet RO), en verdient het vooral voor de civiele kamer overweging om de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen door de feitenrechter nader te onderzoeken. Ook langs die weg zouden belangwekkende vragen die thans niet of niet tijdig bij de Hoge Raad komen, in cassatie aan de orde kunnen worden gesteld. In ieder geval, “(e)en goed werkende selectie kan het gezag van de Hoge Raad versterken, doordat hij zijn aandacht – evenals het parket – kan concentreren op voor de kwaliteit van de rechtspraak belangrijke onderwerpen.”⁷⁵

Inmiddels werden op 7 februari 2012 het wetsvoorstel Versterking cassatierechtspraak en het wetsvoorstel Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad ook door de Eerste Kamer aanvaard.⁷⁶ Beide voorstellen konden rekenen op brede steun en zijn op 1 juli 2012 in werking getreden. De essentie van de eerste wet is inderdaad de introductie van een systeem van ‘selectie aan de poort’. Daartoe wordt aan de Wet RO een nieuw artikel toegevoegd (80a), dat tot gevolg heeft dat de Hoge Raad een ingesteld cassatieberoep niet-ontvankelijk kan verklaren indien de partij die het cassatieberoep instelt, klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep, of indien de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden. Op basis van het tweede wetsvoorstel kunnen prejudiciële vragen gesteld worden over enerzijds een mas-savordering, waarbij het antwoord op een rechtsvraag ook van belang is voor de vele andere identieke vorderingen van andere gedupeerden, en anderzijds als in een procedure een rechtsvraag aan de orde is die tegelijkertijd ook voor de afhandeling van vele vergelijkbare geschillen zorgt.

Wat zal het effect zijn van deze ontwikkeling voor de argumentatieve praktijk van de Hoge Raad? Minstens twee mogelijkheden dienen zich aan.

In de eerste plaats zou het zo kunnen zijn dat wanneer de Hoge Raad zich beter kan concentreren op zijn rechtsvormende rol, die rol ook noodzakelijk beter uit de verf zal komen, althans beter kenbaar wordt. Het staat weliswaar niet uitdrukkelijk in het rapport-Hammerstein of in de wetsvoorstellen, maar het zich beter kunnen toespitsen op de rechtsvormende rol zou kunnen leiden tot de ambitie om uitgebreider en minder verhullend te motiveren. De motivering van de uitspraak lijkt daar dan de meest geëigende plaats voor

te zijn. Tenzij die rechtsvormende rol volgens de commissie op een andere plaats dan de motivering tot uitdrukking zou moeten worden gebracht natuurlijk. Daar wordt in het rapport echter niets over gezegd (maar zie hieronder in deze paragraaf).

In ieder geval blijkt uit de rechtsvergelijkende analyse in dit hoofdstuk dat een meer omvangrijke rechterlijke motivering enerzijds en een betere kwaliteit van rechtspraak anderzijds misschien niet noodzakelijk lineair met elkaar verbonden zijn. En vice versa: een gesloten motivering zou misschien ook mogelijkheden bieden voor het beter kunnen realiseren van *social justice*. Want creëert de Franse be- en geslotenheid van de rechterlijke argumentatie, inclusief het systeem van *checks and balances* dat daarmee samenhangt, nu niet juist de ruimte om tot ook sociaal en maatschappelijk beter doordachte beslissingen te komen? Is het niet zo dat juist omdat de Franse rechter zich niet persoonlijk hoeft te laten zien, hij zijn creatieve rol kan uitleven en vrijer kan nadenken over casus in termen van *social justice*? Is het niet zo dat juist omdat het *Cour de cassation* minder omstandig motiveert, het een dynamische rol als katalysator en bewaker van rechtsstatelijkheid en democratie kan vervullen? Hoe dan ook, nader onderzoek naar de relatie tussen rechterlijke motivering/ transparantie enerzijds en de materiële kwaliteit en maatschappelijke rol van de rechtspraak anderzijds is aangewezen; een rechtssociologische en vergelijkende onderzoeksagenda lijkt opportuun.

Een tweede mogelijkheid die zich aandient is te komen tot een versterking of verbetering van het stelsel dat de rechtspraak in de strikte betekenis van het woord (d.w.z. de rechterlijke uitspraak zelf) ‘flankeert’. Deze mogelijkheid is wat meer in lijn met de Franse traditie ter zake: transparantie en openheid over de rol en betekenis van de rechtspraak wordt dan via een omweg bewerkstelligd. We schetsen een aantal opties.

Een spannend maar helaas kritisch ontvangen idee is dat van Giesen en Schelhaas, waarin wordt gepleit voor wat zij noemen een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR). Dat overleg wil coördinatieproblemen in de rechtsvormende taak van respectievelijk wetgever en rechter het hoofd bieden (in samenspraak met practici en wetenschap) (Giesen en Schelhaas 2006).⁷⁷ Wat er onder meer interessant aan is, is dat het voorstel aanleiding kan geven tot afstemming *met behoud van eigenheid en eigen verantwoording* tussen de verschillende rechtscheppende actoren.⁷⁸ Een en ander zou ook meerwaarde kunnen hebben indien het aanleiding geeft tot een extra-judiciële of buitenparlementaire motivering *in abstracto* en *ex ante*; veelal zal het immers over aangelegenheden gaan die zich voor een alerte rechtsvormer op voorhand aankondigen en die vragen doen rijzen. Het POR spreekt zich dan vóór de daadwerkelijke uitspraak of wetgevende akte normatief

gezaghebbend over de kwestie uit. Indien de uitkomst van het POR vervolgens wordt gelezen in samenhang met een latere actuele uitspraak of wetgeving, kan dat (meer dan) verhelderend werken.

Een andere mogelijkheid is te komen tot een jaarverslag naar Frans model.⁷⁹ Het is eigenlijk verrassend dat deze optie in Nederland nog nooit ten gronde lijkt te zijn geëxploreerd. Waar gaat het over? Eerder stelden we reeds dat ten behoeve van de Franse minister van Justitie (de zgn. *Garde des Sceaux*) door het *Cour de cassation* jaarlijks een verslag wordt gepubliceerd waarin uitdrukkelijk wordt aangegeven ten aanzien van welke rechtsvragen het *Cour* moeilijkheden heeft ondervonden (incl. pertinente suggesties aan het parlement ter verbetering). *Constatations* worden die in het verslag genoemd. Het gaat veelal over zaken waarvan de stand van het recht te onduidelijk is of te veelomvattend voor de rechter, en/of waarvan het hof meent dat dit eerder iets voor de wetgever behoort te zijn. En het hof is bepaald niet verlegen in dat jaarverslag. Zo bijvoorbeeld dat van 2.000, waar het ging over handelskoop, met onverbloemde suggesties ter verbetering. Hoe dan ook, een mooie vorm van *constitutional dialogue*. Een en ander zou kunnen impliceren dat indien de bevoegde minister of het parlement vervolgens niets onderneemt, de (hoogste) rechter met een schoon geweten eventueel in actie zou kunnen komen. Was dat niet wat er uiteindelijk gebeurde in de euthanasiekwestie in Nederland? Na vele jaren maatschappelijk en professioneel debat, waarbij een massa aan actoren in een complex samenspel betrokken waren – KNMG, ethische commissies van allerlei gezindten, Openbaar Ministerie, parlement, wetenschappers, enzovoorts – had dit nog niet geleid tot wetgevende actie.⁴³ Vervolgens kwam de Hoge Raad in 1984 met het bekende en baanbrekende Schoonheim-arrest.⁸¹ Hoe dan ook, het interessante aan een aldus (mede) vormgegeven jaarverslag is misschien vooral dat het ruimte laat voor een belangwekkende inbreng van een prominente rechtsvormende actor (de Hoge Raad), maar dat die inbreng wordt ingepast in een politiek systeem waarin voor ieder van de rechtsvormende actoren een geëigend domein werd gedacht.

3.9 SAMENVATTING EN SLOTBESCHOUWINGEN

Met deze suggesties is de cirkel van deze bijdrage rond. De schets van de argumentatieve praktijk van de Hoge Raad volgde na een beschouwing van de argumentatieve praktijk van het Franse *Cour de cassation* en het US *Supreme Court*, zowel in hun eigen als in elkaars licht. Dit alles in een poging antwoord te geven op vragen als: wat kan transparantie betekenen in de rechtspraak, hoe is de verhouding tussen rechterlijke argumentatieve praktijk en transparantie, welke mate van transparantie is goed? Ook Lassers omschrijving van transparantie geeft aanleiding tot deze vragen:

“the *appropriate* degree and kind of public access that courts *should* accord their substantive debates” (Lasser 2004: VII, cursivering toegevoegd).⁸² Wij hebben getracht op deze vragen een begin van een antwoord te geven. Opnieuw zij er op gewezen dat wij geen pleidooi hebben willen houden ten faveure van het Franse, Amerikaanse of Nederlandse systeem van rechterlijke argumentatie.

We begonnen met de observatie dat in een uitspraak van het US *Supreme Court* over de betekenis van het *Second Amendment* elk van de rechters zijn of haar standpunt, hoezeer dat ook botste met een ander en alle openheid ten spijt, presenteerde als het juridisch onontkoombare resultaat van het geschil. Vervolgens constateerden we dat van de interpretatieve ongewisheid die in het officieuze Franse magistratelijke discours naar voren komt in de uiteindelijke publieke uitspraak niets te merken is: er wordt een knoop doorgehakt (en ook niet veel meer dan dat). Ook al heeft de argumentatieve praktijk van Franse rechters meer om het lijf dan hun gepubliceerde (anonieme en unanieme) uitspraken doen vermoeden, blijkbaar willen zij zich naar buiten toe tonen als degenen die het recht spreken dat volgt uit de wet: zonder wetelijke basis geen legitimiteit. Het opmerkelijke is dat ook in de Verenigde Staten de individuele rechter beoogt de idee hoog te houden dat hij slechts recht toepast veeleer dan dat hij het schept. Net als de Franse rechter handelt hij alsof hij in zijn arresten de onvermijdelijke en onverbiddelijke *juridische* waarheid proclameert, maar dan met meer omhaal van woorden en eventueel in tegenspraak met zijn directe collega's: zonder transparantie geen legitimiteit. Een weergave van een uitspraak van het Amerikaanse *Supreme Court* in de vorm van een uitspraak van het *Cour de cassation* liet bovendien zien dat waar de motivering naar Amerikaanse begrippen volstrekt ontoereikend was uitgewerkt, die naar Franse begrippen juist veel te ver ging: het Krumnagel-effect. En toch stelt elk bestel dat zijn aanpak legitiem is, alle kritiek ten spijt.

Welbeschouwd is een enkelvoudige en logisch dwingende uitkomst in de rechtspraak een onmogelijkheid: de rechter kiest en zij doet dat op basis van meningsvorming en overtuiging. Het resultaat is van voorlopige aard, er zijn altijd meerdere levensvatbare uitkomsten construeerbaar en subjectiviteit valt nooit helemaal uit te sluiten. Desalniettemin presenteren rechters van het US *Supreme Court*, het *Cour de cassation* en de Hoge Raad de uitkomst als de rechtens enig mogelijke uitkomst. En in het *effect* van die stijl – *Roma locuta, causa finita* – onderscheiden uitspraken van Hoge Raad noch US *Supreme Court* zich van die van het *Cour de cassation*, ook al zijn laatstgenoemde uitspraken uiterst spaarzaam en daardoor weinig doorgrondelijk gemotiveerd. Voor alle drie de hoven lijkt het hogere doel de uitstraling van gezaghebbendheid te zijn, en hoe die gezaghebbendheid wordt ge- en bevestigd lijkt mede af te hangen van opvattingen over de rol van

de rechter en de status van zijn uitspraken en dus niet per se van transparantie als zelfstandige grootheid. Uiteraard hoeft dit niet te betekenen dat transparantie geen waardevolle kwaliteitsmaatstaf kan zijn, maar het zou naïef zijn te veronderstellen dat alleen transparantie de juridische waarheid gestalte kan geven. Onze rechtsvergelijkende analyse suggereert in ieder geval dat een meer omvangrijke rechterlijke motivering enerzijds en een betere kwaliteit van rechtspraak anderzijds misschien niet noodzakelijk lineair met elkaar verbonden zijn. En vice versa: een gesloten motivering zou misschien ook mogelijkheden bieden voor het kunnen realiseren van *social justice*.

In de context van rechterlijke argumentatie, althans wat betreft de door ons onderzochte hoogste rechters, zou het wel eens een misvatting kunnen zijn formalisme en beknoptheid louter en alleen te bezien als antoniem van transparantie en open(baar)heid als synoniem. Het zou een misvatting kunnen zijn, omdat systemen van rechtspleging institutioneel complex en gelaagd zijn: een eerlijke analyse ervan dient die complexiteit en gelaagdheid te incorporeren, en ook de interne logica ervan te achterhalen. En dan wordt duidelijk hoe zeer ook de argumentatieve en motiveringspraktijk van bijvoorbeeld het *Cour de cassation* in belangrijke mate een product is van de Franse rechtscultuur en ingebed in een omvattend systeem van *checks and balances*. Juist vanuit het perspectief van die Franse rechtscultuur en het Franse rechtssysteem is het daarom te kort door de bocht om over de motiveringswijze van het *Cour de cassation* te zeggen dat, omdat er ‘cartesiaans’ wordt gemotiveerd – waardoor de rechtspraak van het hof zelf weinig transparant is – de rechtspraak dus noodzakelijk geen legitimiteit kan hebben. En evenzo kan niet vanzelfsprekend worden gezegd van het *US Supreme Court* dat, omdat het uitgebreid motiveert het dus in alle opzichten transparant is.

Zoals gezegd, op de vragen die onze exercitie heeft opgeroepen, hebben wij gepoogd een begin van een antwoord te geven. Nader onderzoek is aangewezen. Hetzelfde gaat op voor de wijze waarop de rechtsvormende taak van de hoogste rechter ook anderszins inzichtelijk kan worden gemaakt dan door middel van de motivering zelf.

NOTEN

- 1 Resp. hoogleraar Encyclopedie van het recht en docent privaatrecht aan Tilburg Law School. Dank aan prof. E.M.H. Hirsch Ballin (Tilburg Law School), prof. H. Lindahl (Tilburg School of Humanities) en de leden van de projectgroep van de WRR onder leiding van prof. J.E.J. Prins, voor commentaar op een eerdere versie van deze tekst.
- 2 554 US 570 (2008), te vinden op:
www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/07-290.pdf.
- 3 In totaal ongeveer 5.000 pagina's omvattend. In een beperkt aantal aanvullende zaken wordt niet schriftelijk arrest gewezen of vindt geen plenaire behandeling plaats. Veel informatie over werkwijze en kwantitatieve productie is te vinden op de officiële website van het hof: www.supremecourt.gov
- 4 Een interessante bijkomstigheid in deze zaak is dat er twee versies van het betreffende amendement in omloop zijn: één ervan werd aanvaard en ondertekend door het US Congress, en één werd verspreid en gebruikt door de verschillende Staten tijdens de ratificatieprocedure (en in 1791 geauthentiseerd door Thomas Jefferson, toenmalig Secretary of State). De verschillen hebben vooral betrekking op punctuatie en lijken geen rol te hebben gespeeld in de onderhavige zaak: in zowel de meerderheidsopinie als de minderheidsopinie van Stevens wordt in ieder geval de Congress-versie geciteerd.
- 5 Er zijn ook nog 3 pagina's samenvatting, syllabus genaamd.
- 6 Zie voetnoot 2. Scalia, *Opinie van het hof*, 3. In dit citaat verwijst Scalia naar precedents van het Court zelf (vandaar de aanhalingstekens binnen het citaat) die zijn interpretatieve opvatting zouden staven. Daardoor kan die opvatting op basis van de doctrine van *stare decisis* ook juridisch gezaghebbend zijn.
- 7 *Ibid.*, 19.
- 8 *Ibid.*, 27.
- 9 *Ibid.*, 58.
- 10 *Ibid.*, 64.
- 11 *Ibid.* (Stevens dissenting), 3-4.
- 12 *Ibid.*, 4 (cursivering toegevoegd).
- 13 *Ibid.*, 7.
- 14 *Ibid.*, 46.
- 15 *Ibid.* (Breyer dissenting), 2.
- 16 Zie voor een recente bevestiging van deze gang van zaken door de Franse Conseil constitutionnel: www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=jorfTexte000023491664&dateTexte=&categorieLien=i d (28 januari 2011), in het bijzonder r.o. 8.

- 17 Pourvoi no. b 05–16.627, Arrêt no. 511. Het arrest is te vinden op:
 www.courdecassation.fr. Beide internationaalrechtelijke bepalingen met betrekking
 tot het huwelijk (art. 12 EVRM en art. 9 Handvest) stipuleren dat ze moeten worden
 uitgeoefend in overeenstemming met het nationale recht.
- 18 Al deze informatie is te vinden op: www.courdecassation.fr.
- 19 Artikel 75 Code civil betreft een eerder procedurele bepaling over onder meer
 de plaats waar het huwelijk voltrokken moet/kan worden, en die besluit met de vol-
 gende frase: “Il recevra de chaque partie, l’une après l’autre, la déclaration qu’elles
 veulent se prendre pour mari et femme: il prononcera, au nom de la loi, qu’elles sont
 unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.”
- 20 Zie *Gazette du Palais* 2007, maart-april: 1073–1099.
- 21 Zie over de gang van zaken in deze kwestie tevens B. Markesinis en J. Fedtke (2009:
 80: 222–223).
- 22 De zaken hebben ook internationaal aandacht getrokken.
- 23 In een recent proefschrift komt Scholtes (2012) tot zeven betekenissen van het con-
 cept transparantie, en 36 varianten. Transparantie is een eenduidig noch eenvoudig
 concept, is dan ook de conclusie. Of nog: transparantie is “a widely shared but amor-
 phous value.” (Fung, Graham en Weil 2007: XI).
- 24 Hierover, meer algemeen, Schwitters (2000: 89).
- 25 Zoals Max Weber nog stelde in zijn *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), waarin hij
 formele legaliteit als het meest centrale kenmerk van de moderne samenleving
 beschouwde.
- 26 Zoals transparantie (zie voetnoot 23) is ook legitimiteit een veeluidig concept. Huls
 (2008: 221) wijst op andere vormen van legitimiteit die van belang (kunnen) zijn
 voor het gezag van de rechterlijke uitspraak, zoals politieke, juridische, sociologi-
 sche, morele legitimiteit. Daar gaat het in dit hoofdstuk niet in directe zin over.
- 27 We gaan in dit hoofdstuk niet nader in op de vraag naar hoe de relatie en vertaal-
 slag tussen enerzijds professionele en anderzijds publieke controle/acceptatie zich
 empirisch juist manifesteert; tijd en ruimte ontbreken daartoe. Wat het onderwerp
 van deze bijdrage betreft mag echter duidelijk zijn dat het kunnen lezen en eventueel
 begrijpen van een rechterlijke uitspraak een activiteit is die niet voor iedereen is weg-
 gelegd; training in de juridische discipline is daarvoor noodzakelijk, ook in de vs:
 “If you have any doubt that legal method is distinctive, try reading a non-lawyer’s
 attempt to state the holding of a judicial opinion.” (Sullivan 2002: 2120–2121).
- 28 Het kan in die zin zinvol zijn om over rechtscultuur te spreken. Voor een problemati-
 sering van dat begrip, zie Nelken (2007).
- 29 Voor de noodzaak daartoe, zie ook Reitz (1998: 634–635): “In analyzing a foreign
 legal system, the comparative scholar has to make extraordinary efforts to discern
 the sense of foreign rules and arrangements. (...) (B)efore the comparatist criticizes,
 she must try to see the sense of the foreign arrangements even if they are strangely
 different from her own and seem to represent values directly contrary to her own.”
 Tevens Adams (2011).
- 30 Verder: Lasser.

- 31 Over de inzet van dit boek zie tevens Lasser (2008).
- 32 Voorzitter van de beslissende kamer en de rapporterende rechter worden overigens wel bekendgemaakt.
- 33 De vaste structuur van de arresten van het hof is als volgt:
 “Het Hof,
 Gegeven (numerieke verwijzing naar wetsartikel(en));
 Overwegende dat ...;
 Overwegende dat ...;
 Verwerpt/vernietigt op deze gronden het beroep/de bestreden uitspraak.”
- 34 Lasser haalt tevens Merryman (1996: 109) en Kennedy (1997: 76) aan als voorbeelden van de gangbare, en wat hem betreft onevenwichtige, Amerikaanse analyse van het Franse bestel. Zie Lasser (2004: 29–30). Ook bijvoorbeeld Markesinis (1994) komt tot eenzelfde conclusie als Dawson en anderen.
- 35 Of, voor wat betreft de Franse Raad van State, de Commissaire du Gouvernement. De conclusies van het Openbaar Ministerie, die in de vakpers worden gepubliceerd, zijn erg omstandig. Zo werd in de conclusie van het in de inleiding van de in deze bijdrage aangehaalde arrest ingegaan op het Franse personen- en familierecht en de uitlegging daarvan gedurende de voorbije decennia, de betekenis van het EVRM in het licht van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, de buitenlandse wetgeving en het ambt van de rechter in een parlementaire democratie. Zie *Gazette du Palais* 2007, maart-april: 1073–1090 resp. 1090–1099.
- 36 Deze stukken worden overigens nooit openbaar gemaakt.
- 37 Deze stijl kenmerkt zich onder meer door het gebruik van de eerste persoon enkelvoud (‘ik’) en onderscheidt zich hiermee van het register van de gepubliceerde rechterlijke uitspraak zelf.
- 38 In het Frans *choquant*, vermoedelijk; Lasser citeert in zijn boek vrijwel alle Franse bronnen in Engelse vertaling.
- 39 www.enm.justice.fr/_uses/lib/5778/concours_1959_2010.pdf.
- 40 Zie eveneens voor een vergelijkende plaatsbepaling van de rechterlijke motivering Wells (1994).
- 41 Voormalig Chief Justice Rehnquist schreef een instructieve inleiding over het US Supreme Court voor leken. Daarin staat tevens te lezen hoe het Court te werk gaat (Rehnquist 2002). Een meer journalistieke weergave is Toobin (2007) en Greenburg (2007). Zie tevens Hall (1999).
- 42 Dus zelfs onder de vigeur van het geheim van de Raadkamer, dat ook in het US Supreme Court bestaat, wordt de transparantie van de rechterlijke motivering benadrukt. Zie bijvoorbeeld de volgende frase op de website van een nauw aan het Court gelieerd instituut: “Reporters may speculate; but details of discussion are never disclosed, and the vote is revealed only when a decision is announced. No outsider enters the room during conference. The junior Associate Justice acts as ‘doorkeeper,’ sending for reference material, for instance, and receiving it at the door. ‘We could not function as a court if our conferences were public,’ Justice Blackmun once explained, ‘There are just the nine of us, no more...(W)e can say what we

- initially believe, only to be proved wrong by the honing effect of conference and agreement and disagreement.’ (...) Paradoxically, perhaps – in light of the complete confidentiality of the conference – the Supreme Court is one of the most open of government agencies and one of the most public of courts. It acts only on matters of public record; it hears counsel’s arguments in public; all its orders and opinions are on the record; all materials presented to the Court for reaching its decisions are available to the public. All conference decisions are published. The disagreements among the Justices are fully exposed to the public in the written opinions, and on occasion the language of dissent becomes vehement.” www.supremecourthistory.org/how-the-court-works/how-the-court-work/the-justices-conference
- 43 Het feit dat uitspraken van common law rechters de status van recht hebben betekent dus niet dat ze per definitie recht vormen. De zogenaamde *declaratory theory* van de 18de-eeuwse jurist Blackstone is wat dat betreft richtinggevend geweest: de rechter maakt geen recht, maar weet het te vinden! Zie *Blackstone’s Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, 69–70. Aangehaald door Cross and Harris (1991: 228). Zie meer recent de bemerkingen door Lord Goff of Chievely, in de bekende zaak Kleinworth Benson. Te vinden via www.bailii.org/databases.html
- 44 532 US Alexander vs Sandoval (2001), (cursivering toegevoegd).
- 45 Een commentator schreef dan ook dat “one might conclude that the critique of Justice Scalia is that he is prone to writing pseudo-technical decisions that clothe politically controversial conclusions in insincere, neutral-sounding language.” (Rubin 2008: 1129). Rubin voegt eraan toe dat Scalia alleen dergelijke taal gebruikt wanneer hij in de meerderheid is; in de minderheid wordt hij meer persoonlijk.
- 46 United States Constitution, Article i, Section 8, Clause 3: “(The Congress shall have Power) To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian tribes.”
- 47 Naar de hoofdpersoon van Peter Ustinovs gelijknamige roman uit 1971 over een Amerikaanse politiecommissaris die met zijn vrouw een wereldreis krijgt aangeboden. Tijdens hun verblijf in een Engels dorpje worden de cultuurverschillen en misverstanden te groot en belandt Krumnagel *on the wrong side of the law*.
- 48 560 US Graham vs Florida (2010). Zie: www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412.pdf
- 49 In de uitspraak van het US Supreme Court komt die test – “consideration of objective indicia of society’s standards, as expressed in legislative enactments and state practice, to determine whether there is a national consensus against the sentencing practice at issue” (op vele plaatsen in de uitspraak wordt er naar gerefereerd) – niet uit de lucht vallen, maar wordt door het hof gepresenteerd als de test die het gewoon is toe te passen in zaken over “cruel and unusual punishments”, zoals in 554 Kennedy vs Louisiana (2008), 543 US Roper vs Simmons (2005) en 536 US Atkins vs Virginia (2002). Die jurisprudentiële lijn wordt, en dat is karakteristiek voor US Supreme Court-uitspraken, breed uitgemeten.
- 50 Overigens is het gebruik van buitenlands recht, waarvan in deze zaak sprake was, ook in de vs omstreden. Zie hierover Adams (2012).

- 51 Overigens legt het Cour in dit jaarverslag ook in het algemeen verantwoording af voor zijn rechtsprekende activiteiten; zo zijn er statistische gegevens en allerlei andere informatie in te vinden.
- 52 De uitzending is terug te zien via internet: www.buitenhof.tv/nl.
- 53 Dit is ook een van de conclusies van Scholtes: transparantie kan ook nadelen hebben. (Scholtes 2012: 36). Zie verder par. 3.7 over het onderzoek door Scholtes. Uit veel Amerikaanse rechtswetenschappelijke publicaties naar *sunshine laws* (openbaarheid van bestuursdocumenten) komt eveneens het beeld naar voren dat het niet toevallig is dat een onbeschroomde argumentatie juist floreert in een relatief geïsoleerde omgeving.
- 54 Gelijkaardige kritiek was er ook in België (dat minstens naar de vorm nog sterk steunt op het Franse moedermodel; zie Janssens (1977)), onder meer door een advocaat van het lokale Hof van Cassatie. De betreffende advocaat (W. van Eeckhoutte) ergerde zich aan “de erg karige motivering van het Hof. Die bestaat soms maar uit twee zinnen. Dan vraag je je af: maar waarom heeft het Hof die uitspraak nu verbroken? Je komt het vaak niet te weten. Zelfs al heb je gelijk gekregen, je weet soms nauwelijks waarom. ‘La Cour de Cassation casse ou ne casse pas, parce qu’elle veut ou ne veut pas casser’, zegt men wel eens. Dat is toch bijzonder eigenaardig voor een rechtscollege dat de uitspraken van lagere rechtbanken kan verbreken omdat ze niet genoeg gemotiveerd zijn.” *De Standaard*, 17 augustus 2002. Tevens kritisch over de Belgische motiveringspraktijk is Van Gerven (1997–98).
- 55 Hun voorstellen werden maar matig ontvangen, onder meer omdat beleidsoverwegingen wel degelijk een rol speelden (en spelen) in de rechtspraak: Frank (1983: 119). Verder eveneens Lindon (1975: I–2681), Ghestin (2004: Chron. 2239).
- 56 Vergelijk Wells (2007), die tevens de discrepantie tussen wat Amerikaanse Supreme Court rechters in de motivering aanvoeren als redenen voor een beslissing, en wat de daadwerkelijke redenen waren, aan de orde stelt. Wells suggereert dat deze discrepantie in belangrijke mate te wijten is aan wat in sociologische termen ook wel ‘appearance management’ wordt genoemd. In casu de behoefte om tegemoet te komen aan mogelijke populaire of publieke kritiek, en de motivering op basis daarvan in te richten.
- 57 Zie bij wijze van volstrekt willekeurig voorbeeld HR 6 april 2012, LJN: BV7341, waarin de volledige motivering in de zaak als volgt luidt: “De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.” De conclusie van de AG, die strekt tot verwerping van het cassatieberoep, is aanzienlijk langer.
- 58 Zie, ook weer bij wijze van volstrekt willekeurig voorbeeld, Hoge Raad, 20 februari 2004, LJN: AO1427 (DSM/Fox). Wel is ook hier de conclusie van de AG beduidend langer.

- 59 Uitspraken van de AG bij het Cour de cassation worden uiterst zelden openbaar gemaakt. Bij de Hoge Raad staan uitspraak en conclusie in één document, althans op www.rechtspraak.nl. Het is overigens alweer geruime tijd gebruikelijk dat de conclusie in het arrest na de uitspraak volgt. Dat is niet altijd zo geweest. In oudere arresten (althans in strafzaken) volgde de conclusie na de procedurele voorgeschiedenis en ging zij vooraf aan de uitspraak van de Hoge Raad. De conclusie van de AG maakte door die indeling integraal deel uit van het arrest.
- 60 M.L. Wells trekt een vergelijking tussen de conclusion van de AG bij het Cour de cassation en de *amicus brief* van de Amerikaanse Solicitor General (Wells 1994: 113–114). In zijn poging de inhoudelijke overeenkomsten tussen deze documenten te duiden verzuimt hij echter een belangrijk verschil in (on)partijdigheid tussen de functionarissen te vermelden. De Solicitor General vertegenwoordigt de federale overheid in zaken die voor het USSC dienen waarbij de staat partij is en hij dient zienswijzen in zaken waarin de federale overheid een aanmerkelijk belang heeft.
- 61 Zie voetnoot 24.
- 62 <http://igitur-archive.library.uu.nl/dissertations/2011-1223-200408/uuindex.html>
- 63 In de context van rechtspraak heeft J. Griffiths vrij recent een kritisch stuk geschreven over de holheid van de kreet ‘vertrouwen’ (Griffiths 2011).
- 64 Vranken doet zijn uitspraken in de context van het burgerlijk recht, maar met de nodige slagen om de arm denken we dat zijn inzichten relevant kunnen zijn voor rechterlijk motiveren in Nederland in het algemeen.
- 65 Zie ook de voorbeelden genoemd in de voetnoten 57 en 58.
- 66 Zie hierover Vranken (1995: 148–166).
- 67 Vergelijk ook het aforisme van Supreme Court-rechter (en aanklager tijdens de Neurenberger processen) Robert H. Jackson over het USSC: “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.” *Brown v. Allen*, 344 US 443 (1953).
- 68 Zo lezen we althans Vranken (1995: 160).
- 69 Voor de Hoge Raad zelf is zijn rechtsvormende werk overigens geen issue meer. Het rapport van de hieronder te bespreken commissie-Hammerstein uit 2008 opent zelfs onomwonden met de zin: “De Hoge Raad heeft zowel op het gebied van de rechtsvorming als op het gebied van de rechtsbescherming een belangrijke taak.” Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, 2008, 3 (meer in de volgende par. hierover). Zie over rechtsvorming door de Hoge Raad ook (o.a.) Kop (2011); Vranken (2009); Hammerstein (2009); Schutte (2009); Kortmann (2009); Corstens, Timmerman and Von Schmidt auf Altenstadt (2009) m.n. de bijdragen van Corstens en Timmerman; Lindo (2009).
- 70 Zie over verhullend argumenteren uitvoerig Vranken (1995: 28–47).
- 71 Zie het Rapport, 3. Het rapport is onder meer te vinden via de website www.rechtspraak.nl.
- 72 Ibid., 11.
- 73 Ibid., 3.
- 74 Ibid., 45.

- 75 Ibid., 3.
- 76 Beide wetsvoorstellen zijn te vinden via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/zoeken>.
- 77 Het voorstel werd overigens afgewezen tijdens de jaarvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging 2007.
- 78 Om misverstanden te vermijden: het gaat er hier niet om een oordeel uit te spreken over rechterlijk activisme; dergelijke terminologie positioneert de ongekozen rechter tegenover de verkozen wetgever (ten aanzien waarvan hij activistisch dan wel terughoudend zou moeten zijn), en kan niet erkennen dat de rechtspraak onvermijdelijk dynamisch is. Het gaat er veeleer om dat de rechter nu eenmaal beperktere mogelijkheden heeft dan andere rechtsscheppers: zo kan hij bijvoorbeeld moeilijk een uitvoeringsapparaat instellen of vergunningenstelsel in het leven roepen; ook zijn de beslissingen van de rechter voor de burger (en de rechter) relatief onvoorzienbaar, waardoor er in vergelijking met de wetgever in principe minder of op een andere manier gelegenheid bestaat voor inspraak van allerlei maatschappelijke actoren of voor bepaalde vormen van informatievoorziening; de rechter is ook meer door de aard van de zaak gebonden, argumenteert in de context van een specifiek feitencomplex.
- 79 Eerder hierover Adams (2009).
- 80 Zie het proefschrift van Heleen Weyers (2004) voor een uitgebreide beschrijving van de rechtsvormingsdynamiek inzake euthanasie. De zojuist gegeven interpretatie is niet noodzakelijk die van Weyers.
- 81 In belastingzaken komt het expliciet ‘op termijn plaatsen van de wetgever’ (de rechter geeft de wetgever een termijn waarbinnen wetgevende actie moet worden ondernomen) regelmatig voor. Zie hierover Happé (2007). Standaardarrest hier is het zogenaamde Arbeidskostenforfait-arrest, HR 12 mei 1999, BNB 1999/271 en NJ 2000, 170, dat een verdere reikwijdte heeft dan het belastingrecht alleen. Tevens Martens (2000).
- 82 En ook: “(...) the transparency question: how does (a judicial system) handle the deeply pragmatic issue of how to make publicly accessible certain forms of knowledge about what Americans call “the state of the law”, (i.e., knowledge about the content, development, and motivation of existing legal and judicial norms)?” (Lasser 2004: 301).

LITERATUUR

- Adams, M. (2009) 'Toekomstmuziek bij de Hoge Raad: waarom geen jaarverslagen *à la française?*', *Nederlands Juristenblad* 84, 23: 1439–1443.
- Adams, M. (2011) 'Wat de rechtsvergelijking vermag. Over onderzoeksdesign', *Ars Aequi* 60, 3: 192–201.
- Adams, M. (2012) 'Globaliserende rechtspraak: democratisch omstreden?' *Ars Aequi* 61, 7/8: 533–543.
- Bourdieu, P. (1989) *La noblesse d'état: Grand écoles et esprit de corps*, Paris: De Minuit.
- Corstens, G.J.M., L. Timmerman en P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt (red.) (2009) *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij.
- Cross, R. en J.W. Harris (1991) *Precedent in English law*, Oxford: Oxford University Press.
- Dawson, J.P. (1968) *The oracles of the law*, Ann Arbor: Michigan University Press.
- Frank, E.E. (1983) 'L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergée de l'iceberg', *Dalloz (Chroniques)*: 119–122.
- Fung, A., M. Graham en D. Weil (2007) *Full disclosure: the perils and promises of transparency*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gény, F. (1899) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Gerven, W. van (1997–98) 'Creatieve rechtspraak', *Rechtskundig Weekblad* 61: 209–223.
- Ghestin, J. (2004) 'L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation', *Dalloz (Chroniques)*, 9 septembre: 2239–2248.
- Giesen, I. en H.N. Schelhaas (2006) 'Samenwerking door rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', *Ars Aequi* 55, 3: 159–172.
- Greenburg, J.C. (2007) *Supreme conflict: The inside story of the struggle for control of the United States supreme court*, New York: Penguin Press.
- Griffiths, J. (2011) 'Vertrouwen in de rechtspraak?', *Nederlands Juristenblad* 86, 16: 1028–1031.
- Hall, K. (1999) *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, Oxford: Oxford University Press.
- Hammerstein, A. (2009) 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *Ars Aequi* 58, 10: 672–675.
- Happé, R. (2007) 'Over Trias Politica en rechtsbescherming in het belastingrecht', blz. 63–67 in R. Janse e.a. (red.) *Rechtsfilosofische annotaties*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Hirschl, R. (2005) 'The question of case selection in comparative constitutional law', *American Journal of Comparative Law* 53, 1: 125–155.
- Huls, N. (2008) *Actie en reactie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

- Janssens, R. (1977) 'Het Hof van Cassatie van België. Enkele hoofdmomenten van zijn ontwikkeling', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XLV, 1: 95–116.
- Kennedy, D. (1997) *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.
- Kop, P. (2011) 'Rechtsvorming door de burgerlijke rechter?', *Nederlands Juristenblad* 86, 16: 1040–1044.
- Kortmann, C.A.J.M. (2009) 'De rechtsvormende taak van de rechter. Een reactie op Hammerstein en Schutte', *Ars Aequi* 58, 11: 765–766.
- Lasser, M. de S.-O.-l'E. (2004) *Judicial deliberations. A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, Oxford: Oxford University Press.
- Lasser, M. de S.-O.-l'E. (2008) 'Transforming deliberations', blz. 33–53 in N. Huls, M. Adams en J. Bomhoff (red.) *The legitimacy of highest courts rulings: judicial deliberations and beyond*, The Hague: TMC Asser Press.
- Lindo, C.M. Th. (2009) 'Een korte Grondwet graag!' Interview met prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, *Nederlands Juristenblad* 58, 44/45: 2868–2875.
- Lindon, R. (1975) 'La motivation des arrêts de la Cour de cassation', *La Semaine juridique*, 1–2681.
- Markesinis, B. (1994) 'A matter of style', *Law Quarterly Review* 110: 607–628.
- Markesinis, B. en J. Fedtke (2009) *Engaging with foreign law*, Oxford: Hart Publishing.
- Martens, S.K. (2000) 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Nederlands Juristenblad* 49, 14: 747–758.
- Merryman, J.H. (1996) 'The French deviation', *American Journal of Comparative Law* 44, 1: 109–119.
- Nelken, D. (2007) 'Defining and using the concept of legal culture', blz. 109–132 in E. Orucu en D. Nelken (red.) *Comparative Law. A Handbook*, Oxford: Hart Publishing.
- Popkin, W.D. (2007) *Evolution of the judicial opinion. Institutional and individual styles*, New York: New York University Press.
- Rehnquist, W. (2002) *The Supreme Court*, New York: Vintage.
- Reitz, J.C. (1998) 'How to do comparative law', *American Journal of Comparative Law* 46, 4: 617–636.
- Rubin, E.L. (2008) 'Question regarding D.C. v. Heller: as a Justice, Antonin Scalia is (A) Great, (B) Acceptable, (C) Injudicious', *Wayne Law Review* 54, 3: 1105–1130.
- Scholtes, E. (2012) *Transparantie, icoon van een dolende overheid*, Den Haag: Boom/Lemma.
- Schutte, C. (2009) 'De 'rechtsvormende taak' van de rechter? Een kritische noot, Discussie over de wenselijkheid van de rechterlijke rechtsvorming: een gepasseerd station?' *Ars Aequi* 58, 10: 676–680.
- Schwitters, R.J.S. (2000) *Recht en samenleving in verandering*, Deventer: Kluwer.
- Sullivan, K.M. (2002) Interdisciplinarity, *Michigan Law Review* 100, 6: 1217–1226.
- Toobin, J. (2007) *The nine: Inside the secret world of the Supreme Court*, New York: Doubleday.

- Tunc, A. en A. Touffait (1974) 'Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation', *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 73, 3: 487-458.
- Vranken, J.B.M. (1995) *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht, Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Vranken, J.B.M. (2009) 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *Nederlands Juristenblad* 58, 17: 1082-1093.
- Weber, M. (1922) *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr.
- Wells, M.L. (1994) 'French and American judicial opinions', *Yale Journal of International Law* 19, 1: 81-133.
- Wells, M.L. (2007) 'Sociological legitimacy' in supreme court opinions', *Washington and Lee Law Review* 64, 3: 1011-1070.
- Weyers, H. (2004) *Euthanasie. Het proces van rechtsverandering*, Amsterdam: Amsterdam University Press.

